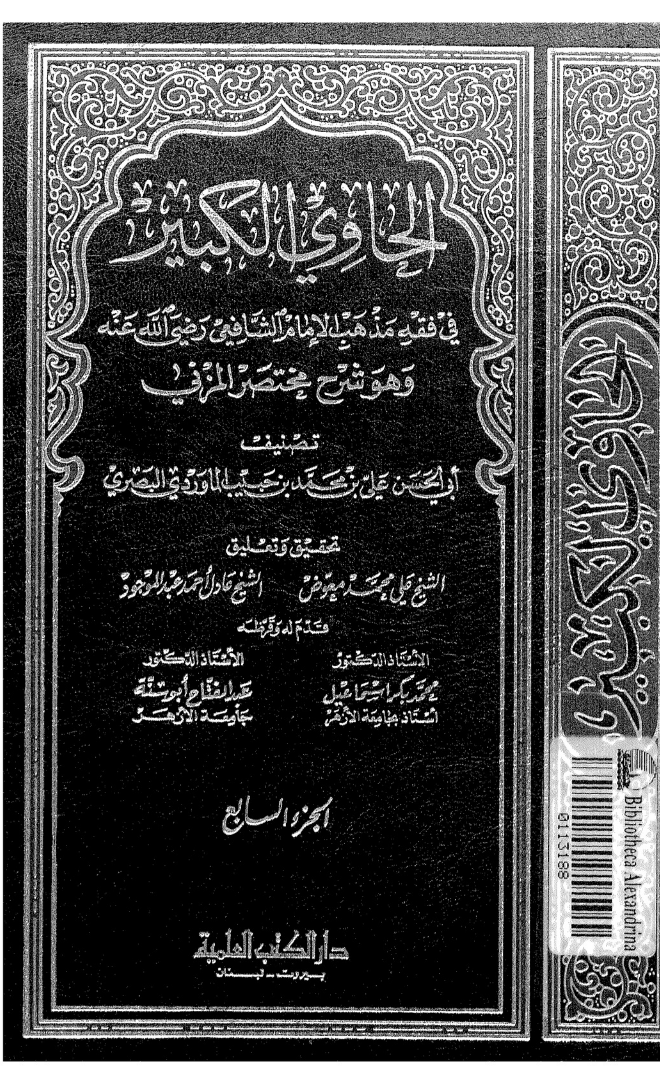

الحاوي الكبير
في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني
تصنيف
أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري
تحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
قدم له وقرظه
الأستاذ الدكتور
محمد بكر إسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر
الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر
الجزء السابع
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
الحاوي الكبير
Bibliotheca Alexandrina
0113188

الحاوي الكبير

في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه

وهو شرح مختصر المزني

تصنيف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور
محمد بكر اسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر

الجزء السابع

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣-٨٦٨٠٥١-٦٠٢١٣٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الإِقْرَارِ

بَابُ الإِقْرَارِ بِالْحُقُوقِ وَالمَوَاهِبِ وَالْعَارِيَةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلاَ يَجُوزُ إِلاَّ إِقْرَار بَالِغٍ حُرٍّ رَشِيدٍ وَمَنْ لَمْ يَجُزْ بَيْعَهُ لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ».

قال الماوردي: الأصل في الإقرار ولزوم الحكم به: ـ

الكتاب.

والسُّنة.

وإجماع الأمة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥].

وقال تعالى: ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾ [آل عمران: ٨١].

وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾ [الإسراء: ٣٤] يعني بوفاء الإقرار والتزام حكمه.

وقال تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] يعني بالإملاء والإقرار به وليتق الله في التزامه فيه.

وقال تعالى: ﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٢].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ فَإِنَّهُ مَنْ يَبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ حَدَّ اللَّهِ عَلَيْهِ»[1].

وقال ﷺ: «يَا أُنَيْسُ اغْدُ على امْرَأَةِ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»[2].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ انظر تلخيص الحبير ٤/٥٧.

(٢) أخرجه البخاري ١١/٥٢٣ (٦٦٣٣) ومسلم ٣/١٣٢٤ (٢٥/١٦٩٧ ـ ١٦٩٨).

وقد رجم رسول الله ﷺ ماعزاً بإقراره،ورجم الغامدية[1] بإقرارها وقطع سارق رداء صفوان بإقراره[2]. وقد حكم الخلفاء الراشدون بالإقرار في قضاياهم ولم يزل الحكام يعملون عليه ويأخذون به.

ولأن أكثر الحقوق لا يوصل إليها إلا بالإقرار فكانت الضرورة داعية إلى الأخذ به والحاجة ماسة إلى العمل عليه.

ولأنه لما لزم الحكم بالشهادة مع احتمالها كان الحكم بالإقرار مع قلة الاحتمال فيه أولى، وكذلك كتب الحكام في قضاياهم إذا كانت عن شهادة: أن كل ذي حق على حقه، ولم يكتبوا مثل ذلك في الحكم بالإقرار.

فصل: فإذا ثبت وجوب الحكم بالإقرار، فحقيقة الإقرار: ـ

الإخبار بحق عليه.

وحقيقة الشهادة: الإخبار بحق على غيره.

فاجتمعا من حيث أن كل واحد إخبار بحق وافترقا من حيث أن الحق في الإقرار عليه، والحق في الشهادة على غيره.

فصل: وإذا كان كذلك فالإقرار لا يصح إلا بشروط أربعة: بمقر، ومقر له، ومقر به، ومقر عنده.

فأما الشرط الأول: وهو المقر: فهو المخبر بالحق عليه والمقرون ضربان: مكلف وغير مكلف. فأما غير المكلف، وهو الصبي والمجنون فإقرارهما باطل سواء كان بمال أو بدن ولا يتعلق به حكم في الحال ولا بعد البلوغ والإفاقة.

وجوز أبو حنيفة إقرار المراهق إذا كان بإذن أهله أو كان مأذوناً له في عقد فأقر بدين صح بناء على صحة إسلامه وجواز عقده بإذن وليه، واستدلالاً بأن من صحت وصيته صح إقراره كالبالغ. وهذا خطأ لأن عدم التكليف يمنع من صحة الإقرار كالجنون، ولأن كل إقرار منع منه الجنون منع منه الصغر كالإقرار بالبدن، ولأن الأصل الذي بني عليه جواز إقراره أنه

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٣٢١ كتاب الحدود (٢٢ ـ ١٦٩٥) ومن رواية بريدة (٢٣ ـ ١٦٩٥) وهو عن البخاري من رواية ابن عباس ١٢/١٣٥ (٦٨٢٤) والبخاري من حديث أبي هريرة ١٢/١٣٦ (٦٨٢٥) ومسلم ٣/١٣١٨ (١٦ ـ ١٦٩٢).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٨٣٤ كتاب الحدود (٢٨) والشافعي ٢/٨٤ (٢٧٨) وأحمد في المسند ٣/٤٠١ وابن ماجة ٢/٨٦٥ (٢٥٩٥) والدارمي ٢/١٧٢ والنسائي ٨/٦٩ والحاكم في المستدرك ٤/٣٨٠ وأبو داود ٤/٥٥٣ (٤٣٩٤) وابن الجارود في المنتقى ٢٨١ (٨٢٨).

ممن يصح إسلامه ويجوز عقده، لا نسلمه بل لا يصح إسلامه ولا يجوز عقده وسيأتي الكلام فيه مستوفياً في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما قياسه على الوصية ففي جواز وصيته قولان:

أحدهما: باطلة: فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: جائزة.

فعلى هذا الفرق بين إقراره ووصيته: أن في لزوم إقراره إضراراً به فسقط. وفي صحة وصيته رفقاً به فأمضيت. وأما المكلف فضربان:

محجور عليه وغير محجور عليه. أما غير المحجور عليه:

فهو البالغ الرشيد العاقل فإقراره صحيح إذا أقر مختاراً وباطل إن أقر مكرهاً، وسواء كان المقر رجلاً أو امرأة مسلماً أو كافراً، عدلاً أو فاسقاً وإقرار جميعهم لازم.

وأما المحجور عليه فضربان: ـ

أحدهما: من حجر عليه لأجل نفسه.

والثاني: من حجر عليه لأجل غيره.

فأما المحجور عليه لأجل نفسه فهو السفيه، وإن أقر ببدن من قصاص أو حد نفذ إقراره فيه، لأنه لا حجر عليه في بدنه، وإن أقر بمال لم يلزم إقراره فيه ما كان الحجر عليه باقياً، فإن فك حجره لم يلزم ذلك حكماً لبطلان الإقرار، ولزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان على يقين من لزومه وسواء كان ما أقر به حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي. فلو كان حين أقر سفيهاً لكن لم يحجر عليه الحاكم فإقراره لازم في المال والبدن جميعاً، وهو في الإقرار كالرشيد.

وأما المحجور عليه لأجل غيره فأربعة:

أحدهم: العبد المحجور عليه لأجل سيده.

والثاني: المفلس محجور عليه لأجل غرمائه.

والثالث: المريض محجور عليه لأجل ورثته.

والرابع: المرتد محجور عليه في حق بيت المال.

ومعنى الحجر في كل واحد منهم مختلف وسنفرد الحكم في إقرار كل واحد منهم.

أما العبد فإقراره على ضربين:

أحدهما: في بدن كحد أو قصاص فإقراره به لازم واستيفاؤه في الحال واجب صدق السيد أو كذب.

والضرب الثاني: في مال، فعلى ضربين:

أحدهما: عن جناية فإقراره بـه غير لازم في الحال إلا أن يصدق السيد فيتعلق الإقرار برقبته وتباع فيما أقر به من جنايته. وإن كان السيد مكذباً تعلق بذمته ويؤخذ به بعد عتقه ويساره.

والضرب الثاني: أن يكون عن معاملة فإن كان مأذوناً لـه في التجارة كان إقراره لازماً فيما بيده صدق السيد أم كذب لأنه مسلط عليـه بالإذن. وإن كان غير مأذون له في التجارة كان إقراره متعلقاً بذمته يؤخذ به بعد عتقه ويساره سواء صدق السيد أم كذب.

ونحن نستوفي شرح ذلك وما يتعلق بالخلاف فيـه من بعد. وأما المفلس فإقراره لازم في حال حجره لكن إن صدقه الغرماء كان المقر له شريكاً له في ماله يخاصمهم بقدر ما أقر به، وإن كذبه الغرماء فعلى قولين مبنيين على اختلاف قوليه في حجره هل يجري مجرى حجر السفه أو يجري مجرى حجر المرض؟.

أحدهما: أنه يجري مجرى حجر السفه، فعلى هذا لا يشارك الغرماء به ويؤخذ به بعد فك حجره.

والثاني: أنه يجري مجرى حجر المرض فعلى هذا يشاركهم في ماله بالقدر الذي أقر به.

وأما المريض فإقراره لازم في المال والبدن وفيه مسائل تأتي مسطورة.

وأما المرتد فإقراره في بدنه لازم قبل الحجر وبعده، وأما إقراره في ماله فإن كان بعد حجر الحاكم عليه فقد اختلف أصحابنا في حجره على وجهين:

أحدهما: أنه يجري مجرى حجر المرض فعلى هذا عقوده لازمة وإقراره نافذ.

والثاني: أنه يجري مجرى حجر السفه فعلى هذا عقوده باطلة وفي إقراره وجهان.

وإن كان إقراره قبل حجر الحاكم عليه فقد اختلف أصحابنا: هل يصير محجوراً عليه بنفس الردة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد صار محجوراً عليه فعلى هذا يكون إقراره على ما مضى.

والثاني: أنه لا يصير محجوراً عليـه إلا بحكم حاكم فعلى هذا يكون إقراره لازماً نافذاً.

فأما السكران فلا يخلو حال سكره من أحد أمرين:

إما أن يكون من معصية. أو من غير معصية.

فإن كان من غير معصية فإقراره باطل لا يلزم في مال ولا بدن كالمجنون والمغمى عليه ولا يؤخذ بشيء منه بعد إفاقته.

وإن كان سكره معصية فالمذهب لزوم إقراره في المال والبدن كما يقع طلاقه. وقد خرج المزني قولاً في القديم أن طلاقه لا يقع فعلى هذا إقراره لا يلزم في مال ولا بدن.

فأما الذي يجن في زمان ويفيق في زمان، فإن أقر في زمان جنونه بطل إقراره، وإن أقر في حال إفاقته لزم إقراره.

فلو اختلفا بعد إفاقته هل كان الإقرار في حال الجنون أم الإفاقة؟ فقال المقر: كنت عند الإقرار مجنوناً، وقال الآخر: بل كنت مفيقاً فعلى وجهين، فهذا حكم المقر.

قال الشافعي ومن لم يجز بيعه لم يجز إقراره وفيه لأصحابنا تأويلان:

أحدهما: من لم يجز بيعه بحال كالصبي والمجنون لم يجز إقراره في حال من الأحوال. وهذا قول ابن أبي هريرة.

والثاني: أن من لم يجز بيعه في شيء لم يجز إقراره في ذلك الشيء فهذا الكلام في الشرط الأول وهو مسألة الكتاب.

فصل: وأما الشرط الثاني وهو أن المقر له فهو المستحق لما تضمنه الإقرار من حق ولا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون آدمياً.

أو غير آدمي.

فإن كان آدمياً فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

أن يكون حراً أو عبداً.

فإن كان حراً صح الإقرار له، صغيراً كان أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، مسلماً أو كافراً، رجلاًأو امرأة لأن كل هؤلاء يصح أن يملكوا.

وإن كان عبداً فإن كان الإقرار مما يصح أن يملكه دون سيده كالإقرار بالزوجية صح الإقرار له. وإن كان مما لا يصح أن يملكه كان الإقرار لسيده وكان اسم العبد معاراً فيه فيعتبر فيه قبول السيد دونه.

وإن كان الإقرار لغير آدمي كإقراره لبهيمة أو عقار أو مسجد أو رباط فلا يخلو حال الإقرار من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يضاف إلى وجه مستحيل كإقراره لذلك بدين من معاملة فيكون باطلاً.

والقسم الثاني: أن يضاف إلى وجه يصح ولا يستحيل كإقراره لمسجد بمال من وصية أو لرباط بمال من وقف عليه، أو لماشية مسبلة بعلوفة من وصية أو صدقة، فهذا إقرار لازم وليس بتمليك وإنما هو إقرار بجهات ينصرف المال فيها.

والقسم الثالث: أن يكون مطلقاً وفي صحته وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في المقر للحمل بإقرار مطلق فهذا الشرط الثاني.

فصل: وأما الشرط الثالث وهو المقر به فهو ما تضمنه الإقرار، واختلف أصحابنا في حده، فقال بعض أصحابنا: هو كل شيء جازت المطالبة به. وقال آخرون: بل هو كل شيء جاز الانتفاع به، وهذا أصح لأنه حد لما تجوز المطالبة به ولما يجوز الإقرار به لأن كل شيء صح الإقرار به سمعت الدعوى فيه، وما رد في أحدهما رد في الآخر ولا تسمع الدعوى في مجهول إلا في موضع واحد وهو أن يقول: وصى لي زيد بشيء من ماله فتسمع هذه الدعوى المجهولة على وارثه ويرجع إلى بيانه فيها لجواز الوصية بالشيء المجهول ولا تصح الدعوى المجهولة فيما سواه.

فإذا ثبت ما ذكرنا فلا يخلو حال المقر به من أحد أمرين:

إما أن يكون في بدن

أو مال. فأما البدن فضربان:

حق لله.

وحق للآدمي.

فأما حق الله تعالى كحد الزنى وشرب الخمر فليس عليه الإقرار بل هو مندوب إلى ستره والتوبة منه. قال ﷺ: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِمَ حَدَّ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِ».

وأما حق الآدمي فالقصاص وحد القذف فعليه الإقرار به والتمكين وأما المال فضربان:

أحدهما: حق الله تعالى كالزكوات والكفارات فليس عليه الإقرار به، وإنما عليه أداؤه من غير إقرار.

والثاني: حق الآدميين، وهو على ستة أضرب:

أحدها: ما كان عيناً كعبد أو ثوب.

والثاني: ما كان ديناً كمال في الذمة.

والثالث: ما كان منفعة مال كمنافع الإيجارات.

والرابع: ما كان منفعة مباحة من غير مال كالأنجاس المنتفع بها والكلاب المعلمة.

والخامس: ما كان من حقوق الأموال كالشفعة.

والسادس: ما كان من حقوق غير الأموال كالزوجية والقسم.

فهذا كله لا يخلو حال مستحقه أن يكون عالماً به أو غير عالم. فإن كان عالماً به لزمه أداؤه من غير إقرار ما لم يقع تنافر فيه. وإن كان غير عالم به لزمه الأمران معاً، الإقرار به والأداء له. فهذا الشرط الثالث.

فصل: وأما الشرط الرابع وهو المقر عنده فهو من يصير به الحق محفوظاً. وهو أحد تفسير أمرين:

إما حاكم يلزم.

أو شاهد متحمل.

وليس للإقرار عند غير هذين تأثير.

فإن كان الإقرار عند حاكم فمن شرطه أن يكون بعد سماعه الدعوى عليه، وإن أقر عنده قبل سماع الدعوى من غير دعوى ففي صحة الإقرار لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يصح، وحكاه ابن المنذر عن الشافعي.

والثاني: لا يصح، وهو اختيار البصريين.

ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا مخرجاً من اختلاف قوليه: هل للحاكم أن يحكم بعلمه أم لا؟

فإن قيل: بجواز حكمه صح الإقرار عنده قبل سماع الدعوى، وإن قيل لا يجوز له الحكم بعلمه لم يصح الإقرار عنده قبل سماع الدعوى.

وإن كان الإقرار عند شاهدين فمن شرطه أن يسترعيهما الإقرار، فيقول بعد إقراره اشهدا علي بذلك. فإن لم يسترعيهما وأقر عندهما أو سمعاه يقر من غير قصد لهما، ففي صحة تحملهما وجواز شهادتهما عليه بذلك وجهان نذكر توجيههما في موضعه إن شاء الله تعالى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ ثُمَّ جَحَدَ قِيلَ لَهُ أَقِرَّ بِمَا شِئْتَ مِمَّا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ شَيْءٍ مِنْ مَالٍ أَوْ تَمْرَةٍ أَوْ فَلْسٍ وَاحْلِفْ مَا لَهُ قِبَلَكَ غَيْرُهُ فَإِنْ أَبَى حَلَفَ الْمُدَّعِي عَلَى مَا ادَّعَى وَاسْتَحَقَّهُ مَعَ نُكُولِ صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والإقرار على ضربين:

مفسر ومجمل فالمفسر على ضربين: مستوفى ومقصر.

فالمستوفي كقوله: له علي مئة دينار قاشانية، فيكون الإقرار مفهوم الجنس والقدر والصفة، فلا يحتاج إلى سؤال عنه ويحكم به عليه أن قبله المدعي.

والمقصر أن يقول: له علي مئة دينار فيكون الإقرار مفهوم الجنس والقدر مجهول الصفة فلذلك صار مقصراً، فيسأل عن صفة الدنانير ويحكم عليه بما يفسره من صفتها أن قبله المدعي. وأما المجمل فعلى ضربين:

عام.

وخاص.

فالخاص أن يقول: له علي مال فكان خاصاً لاختصاصه بالمال دون غيره ومجملاً من جنسه وسنذكر حكمه.

وأما العام فقوله: له علي شيء، لأن الشيء أعم الأسماء كلها لإطلاقه على الموجودات كلها واختلف في إطلاقه على المعدومات.

فإن أقر بشيء سئل عن تفسيره جنساً وصفة وقدراً لأن اسم الشيء لا يدل على واحد منها، ثم له حالتان:

حالة تفسير.

حالة لا تفسير.

فإن لم يفسر عند سؤال الحاكم له عن التفسير أعاد القول عليه ثانية فإن أبى التفسير أعاد عليه ثالثة.

واختلف أصحابنا في إعادة ذلك عليه ثلاثاً فقيل هل هو شرط في الحكم عليه أم استحباب؟ على وجهين: -

أحدهما: أنه شرط لا يجوز الحكم قبله ليستحق بالتكرار امتناعه من التفسير.

والوجه الثاني: استحباب وليس بشرط فإن حكم عليه قبل إعادة القول ثلاثاً أجزأ بعد إعلامه أنه يحكم عليه بعد امتناعه. فإذا امتنع عن التفسير بعدما وصفنا ففيه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في هذا الموضوع وفي أحد كتابي الإقرار أنه يجعله ناكلاً، وترد اليمين على المقر له، فأي شيء حلف عليه حكم له به لأنه بالامتناع من التفسير كالممسك عن جواب الدعوى فاقتضى أن يصير ناكلاً.

والقول الثاني: قاله في الكتاب الآخر من كتاب الإقرار أنه يحبسه حتى يفسر، لأنه قد صار مقراً وبالامتناع عن التفسير يصير كالمانع من حق عليه فوجب أن يحبس به.

فصل: فأما إن فسر فلا يخلو حال تفسيره من أحد أمرين: ـ

إما أن يفسر بما تثبت عليه اليد.

أو بما لا تثبت عليه اليد؟

فإن فسر بما لا تثبت عليه اليد كقوله: أردت شمساً أو قمراً أو كوكباً أو ريحاً أو ناراً، لم يكن شيء من ذلك مفسراً، وكذا لو فسره بتافه حقير كتمرة أو لقمة لم يكن مفسراً لأنه وإن كان اسم الشيء عليه منطلقاً فهو مما لا يستحق به مطالبة ولا يتوجه إليه إقرار لأمرين:

أحدهما: ارتفاع اليد عنه.

والثاني: مساواة الجميع فيه.

وإن فسره بما تثبت عليه اليد فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مالاً.

والثاني: غير مال.

فإن فسره بما يكون مالاً كتفسيره ذلك بالدراهم والدنانير والبر والشعير والدور والعقار والعروض والسلع فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون موافقاً لجنس الدعوى.

والثاني: أن يكون مخالفاً؟

فإن كان موافقاً لجنس الدعوى مثل أن يكون عليه دراهم فيفسر الشيء بالدراهم، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون موافقاً لقدر الدعوى مثل أن تكون الدعوى عليه مائة درهم فيفسر الشيء بمائة درهم، فهذا مقر بجميع الدعوى ومصدق عليها فصار مصدقاً في تفسيره.

والضرب الثاني: أن يكون غير موافق لقدر الدعوى مثل أن تكون الدعوى عليه مائة

درهم فيفسر الشيء بخمسين درهماً فيحكم عليه بالقدر الذي فسره ويحلف على باقي الدعوى الذي أنكره.

فإن كان مخالفاً لجنس الدعوى مثل أن تكون الدعوى عليه دراهم فيفسر الشيء بالدنانير فيقال للمدعي: هل تدعي عليه ما فسره من الدنانير أم لا؟ فإن قال: أنا أدعيها وادعي الدراهم، حكم له بالدنانير التي فسرها المقر وأحلف له على ما ادعاه من الدراهم.

وإن قال: لست ادعي الدنانير، لم يحكم على المقر بهاوأحلف المقر على ما ادعاه المدعي من الدراهم.

وإن كان المدعي صدقه على أنه أراد بالشيء ما فسره من الدنانير ولكن قال هو غير ما ادعيت احلف المقر بالله ما يستحق عليه ما ادعاه عليه من الدراهم.

وإن قال: بل أراد بالشيء الذي أقر به ما ادعيته من الدراهم ولكن كذب في التفسير حلف المقر بالله ما أراد بالشيء الذي أقر به الدراهم التي ادعيت عليه بها.

فأما إذا فسر الشيء بما ليس بمال مثل أن يفسره بخمر أو خنزير أو كلب أو جلد ميتة ففي قبول هذا التفسير منه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه مقبول ويسأل عنه المدعي على ما مضى لأنه مع انطلاق الشيء عليه مما تمتد إليه اليد.

والوجه الثاني: أنه غير مقبول في التفسير لأنه ليس بمال ويكون كمن لم يفسر.

والوجه الثالث: أنه إن كان مما تقر عليه اليد ويجوز الانتفاع به كالكلب وجلد الميتة كان مفسراً به لأن الدعوى قد تصح أن يتوجه إليه.

وإن كان مما لا تقر عليه اليد ولا يجوز الانتفاع به كالخمر والخنزير لم يكن به مفسراً لأن الدعوى لا تصح أن يتوجه إليه. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسوَاء قَالَ لَهُ عَلَيَّ مَالٌ أَوْ مَالٌ كَثِيرٌ أَوْ عَظِيمٌ فَإِنَّمَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ مَالٍ فَأَمَّا مَنْ ذَهَبَ إِلَى مَا تَجِب فِيهِ الزَّكَاةُ فَلاَ أَعلَمُهُ خَبَراً وَلاَ قِيَاساً أَرَأَيْتَ إِذَا أَغْرَمْتَ مَسْكِيناً يَرَى الدِّرْهَمَ عَظِيماً أَوْ خَلِيفَةً يَرَى أَلْفَ أَلْفَ قَلِيلاً إِذَا أَقَرَّ بِمَالٍ عَظِيمٍ مَائَتَيْ دِرْهَمٍ وَالْعَامَّةُ تَعْلَمُ أَنْ مَا يَقَعُ فِي الْقَلْبِ مِنْ مَخْرَجٍ قَوْلَيْهِمَا مُخْتَلِفٌ فَظَلَمْتَ الْمُقِرَّ لَهُ إِذْ لَمْ تُعْطِهِ مِنْ خَلِيفَةٍ إِلاَّ التَّافِهِ وَظَلَمْتَ الْمَسْكِينَ إِذَا أَغْرَمْتَهُ أَضْعَافَ الْعَظِيمِ إِذْ لَيْسَ عِنْدَكَ فِي ذَلِكَ إِلاَّ مَحْمَلُ كَلاَمِ النَّاسِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال: له علي مال، فهذا من المجمل الخاص، فإن لم يصله بصفة زائدة واقتصر على قوله: له علي مال، رجع في تفسيره إليه، فما فسره من شيء قل أو كثر من أي جنس كان من أجناس الأموال قبل منه، وهذا متفق عليه.

وإن فسره بمحرم لا تجوز المعاوضة عليه لم يقبل منه وجهاً واحداً. لأنه ليس بمال، فإن امتنع من تفسيره كان على قولين مضيا.

فأما إذا وصل إقراره بأن قال: له علي مال كثير أو مال عظيم فقد اختلفوا في قدر ما يجب عليه على مذاهب شتى:

فقال أبو حنيفة: لا نقبل منه أقل من مئتي درهم أو عشرين ديناراً وهو النصاب المزكي من الأثمان.

وقال مالك: لا أقبل أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم، هو النصاب الذي تقطع فيه اليد.

وقال الليث بن سعد أقل ما نقبل منه اثنان وسبعون درهماً.

وقال الشافعي: يرجع إلى تفسيره فما فسره به من شيء أخذ منه وإن قل سواء كان من جنس الأثمان أو من غيرها.

واستدل أبو حنيفة لمذهبه بما روي عن عبد الرحمن بن عوف: أنه مر برجل يحلف في المقام فقال له: أفي دم؟ قيل: لا، قال: أفعلى عظيم من المال؟ قيل: لا، فقال: لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام.

فحملتم قوله أفعلى عظيم من المال على مئتي درهم أو عشرين ديناراً فلزمكم مثل ذلك في الإقرار. قال: ولأن الله تعالى أمر بالمواساة من الأموال الكثيرة بقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾ [التوبة: ١٠٣]. ولا فرق بين الأموال وبين مال كثير، ثم لم تؤخذ الزكاة من أقل من مئتي درهم ولا أقل من عشرين ديناراً لخروجه من حكم اللفظ فكذا في الإقرار.

وأما مالك فاستدل لمذهبه بقول عائشة: ما كانت تقطع اليد في عبد رسول الله ﷺ في الشيء التافه[1].

---

(١) أخرجه البخاري ١٢/٩٩ (٦٧٩٤).

فدل على أن ما لا يقطع فيه مال تافه حقير، فخرج من أن يكون مالاً عظيماً ولأنه أقل المقادير في الشرع فاقتضى أن يكون أصلاً في الإقرار بالمال المطلق.

وأما الليث بن سعد فاستدل لمذهبه بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ [التوبة: ٢٥].

فعدت فكانت اثنين وسبعين موطناً.

والدليل على جميعهم أن العظم إذا كانت صفة لقدر لم يوجب زيادة على ذلك القدر كقوله: له علي درهم عظيم لا يجب عليه أكثر من درهم لو لم يصفه بعظيم، فكذا إذا كان صفة لمجمل لم يزد على قدر ذلك المجمل. فلما كان لو أقر بمال لم يكن المال مقدراً وجب إذا أقر بمال عظيم أن لا يصير مقدراً.

ودليل آخر وهو أن العظيم صفة تنطلق على كل قدر من قليل وكثير، لأن القليل قد يكون عظيماً بالإضافة إلى ما هو أقل منه، والعظيم قد يكون قليلاً بالإضافة إلى ما هو أعظم منه، قال الله تعالى: ﴿قُلْ مَتَاعُ الدُّنْيَا قَلِيلٌ وَالآخِرَةُ خَيْرٌ لِمَنْ اتَّقَى﴾ [النساء: ٧٧] فجعل متاع الدنيا قليلاً بالإضافة إلى الآخرة التي هي خير منه.

وقال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧، ٨] فجعل ذلك كثيراً لتوجه الوعد والوعيد إليه فصار إطلاق العظيم يقتضي أضافته إلى المجهول لجواز إضافته إلى القليل والكثير، والمجهول لا يكون مقدراً.

ودليل آخر وهو أن العظيم لا يتقيد في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف حداً ولا يختص من الأموال جنساً ولا قدراً لأنه يحتمل أن يراد به عظيم الجنس، ويحتمل أن يراد بالعظيم أنه حلال أو أنه موجب للثواب والعقاب ولأن عظيم القدر قد يختلف عند الناس بحسب اختلاف يسارهم وإعسارهم. فالخليفة يرى الألف قليلاً والفقير يرى الدرهم عظيماً. ثم يختلف باختلاف سعة النفوس وضيقها، فذو النفس الواسعة يرى الكثير قليلاً وذو النفس الضيقة يرى القليل كثيراً عظيماً. ومع اختلاف الاستعمال له وتباين المراد به يبطل أن يكون له حدا أو يتناول من الأموال جنساً.

فأما الجواب عن حديث عبد الرحمن فهو أن مراد عبد الرحمن لم يعرف بظاهر اللفظ إنما عرف بقرينة صحبته لأنه فرق بين قليل المال وكثيره بإضافته إلى الدم تغليظاً فعقل من سمعه منه مع ما شاهده من حاله فيه أن مراده بالمال العظيم مئتا درهم أو عشرون ديناراً، ولو وجد في الإقرار مثله لقلناه. ثم هو أبعد الناس استدلالاً به لأنهم لا يقولون به فيما ورد فيه.

وأما ما ذكره من نصب الزكوات فلو جاز أن يتقدر في الذهب والورق بالنصاب منهما لتقدر في المواشي بالنصب فيها، ثم المال لا يختص بالذهب والورق دون غيرهما فلم يجعله مختصاً به أو مقدراً فيهما وهلا جعله في الأموال ومقدراً بنصاب من كل مال.

وأما الجواب عن استدلال مالك بحديث عائشة فهو أنه دال على أن التافه مما لا يقطع فيه اليد ليس يدل على أن ما ليس بتافه تقطع فيه اليد كالغاصب والجاني على أنها أرادت تافهاً في وجوب القطع لا أنه تافه في الجنس والقدر.

وأما الجواب عن قوله أنه أقل المقادير الشرعية فهو أنه يسوغ الاستدلال بذلك فيما قد اتفق على أنه مقدر، فإذا حصل الخلاف في القدر كان الأولى رده إلى الأقل ولا يسوغ أن يستدل به فيما اختلف فيه هل هو مقدر أو غير مقدر؟

فأما الجواب عن استدلال الليث بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ فقد اختلف الناس في عددها على أنه عدد المواطن الكثيرة لا المال الكثير.

فصل: فإذا ثبت أنه إقرار غير مقدر فسواء قال مال عظيم أو له مال جزيل أو ثقيل أو مغن أو جمع هذه الأوصاف كلها فقال: له علي مال كثير عظيم جزيل ثقيل مغن فكله سواء، ويرجع إليه في تفسيره فما فسر من قليل وكثير قبل منه، ولو قيراطاً من فضة أو مد حنطة أو باقة من بقل فإن صدقه المقر له وإلا فله إحلافه.

فصل: فلو قال: له عليَّ أكثر مما لزيد عليَّ ثم بين درهماً واحداً أو أقل قبل منه لأن له أن يقول: ليس لزيد علي إلاّ هذا القدر فلو شهد عليه شاهدان أن لزيد عليه ألف درهم وكان قد بين إقراره بدرهم قبل منه.

قال الشافعي رضي الله عنه لأنه قد يكذب الشهود فلو قال: له عليَّ أكثر مما لزيد عليَّ ثم بينه بدرهم وأقر لزيد بألف درهم قبل منه لأنه قد يريد بالأكثر في أنه حلال وبالأقل في أنه حرام لأن الحلال كثير والحرام قليل، فلو قال: له عليَّ أكثر مما لزيد جنساً ثم أقر لزيد بمئة دينار ذهباً لم يقبل منه ما أقر به إلا من الدنانير والذهب قليلاً بيَّن أو كثيراً لاحتمال قوله أكثر في الحلال دون القدر ولزم أن يكون من جنس مال زيد. فلو قال: له عليَّ أكثر ما لزيد عدداً ثم أقر لزيد بمئة دينار لزمه أن يبين أكثر من مئة وسواء بيَّن من الدنانير أو من غيرها.

فلو قال له عليَّ أكثر مما لزيد عدداً وجنساً ثم أقر لزيد بمئة دينار، لم يقبل منه إلا بأكثر من مئة دينار ولو بأدنى زيادة، لأنه قد أزال الاحتمال بذكر الجنس والعدد.

فلو ابتدأ المدعي فقال: لي عليك مئة دينار، فقال لك عليَّ أكثر منها ثم بيَّن درهماً

قبل منه لما ذكرنا من الاحتمال، ولـو قال أكثـر منها عـدداً، لم يقبل إلا أكثـر من مئة عـدداً، وسواء بيَّن الدنانير أو غيرها.

ولو قال أكثر منها جنساً وعدداً لم يقبـل منه إلا أكثـر من مئة دينـار ولو بـأدنى زيادة والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسَوَاءُ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دَراهِمَ كَثِيرَةٌ أَوْ عَظِيمَةٌ أَوْ لَمْ يَقُلْهَا فَهِيَ ثَلاَثَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال: له عليَّ دراهم فأقل مـا يقبل منـه ثلاثـة دراهم وهو أقل الجمع المطلق من الأعداد.

وقـال بعض المتقدمين من فقهـاء البصرة أقـل الجمـع المـطلق اثنـان، فـلا يلزمـه إلا درهمـان واستدل على أن أقـل الجمع اثنـان لما روي عن النبي ﷺ أنـه قـال: «الاثْنَـان فَمَـا فَوْقَهُمَا جَمَاعَةٌ» وبقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١].

ثم كانت الأم تحجب بالاثنين وإن ذكـروا بلفظ الجمع ولأن الجمـع مشتق من اجتماع الشيء مع الشيء فاقتضى أن يكون اثنين.

والـدلالة على خـطأ هذه المقـالة الشـاذة أن اللسان مـوضوع على التفـرقة بين الآحـاد والتثنية والجمع، فالآحاد يتناول الواحـد من الأعداد والتثنيـة يتناول الاثنين، والجمـع يتناول الثلاثة.

ودليل آخر وهو أن لفظ الواحـد يسلم في التثنية ولا يسلم في الجمـع فلم يجز أن يتفق العدد فيهما مع اختلاف صيغة اللفظ الموضوع لهما.

فأما قوله ﷺ: «الاثْنَانِ فَمَا فَـوْقَهُمَا جَمَـاعَةٌ» فهـو الدليـل لأن ذلك لـو كان معـروفاً في اللسـان لاستغنى فيه عن البيـان لأنه ﷺ لا يعلم الأسمـاء وإنما بيَّن الأحكـام فأخبـر أن حكم الاثنين في الصلاة حكم الجماعة بخلاف ما يقتضيه اللسان في اللغة.

فـأما حجب الأم بـالأخوين فـلأن الدلالـة قامت فيـه على صرف الحكم عمـا اقتضاه اللسان ألا ترى أن عبد الله بن عباس أنكر ذلك على عثمـان رضي الله عنه لمخـالفته مقتضى اللسان وقال: تركت لسان قومك فلم ينكر عثمان مخالفته لمقتضى اللسان فأخبره أن الدليـل صرفه.

وأما قولهم أن الجمـع مشتق من جمع الشيء إلى الشيء فيقـال هو مشتق من اجتمـاع الجماعة كما أن التثنية مشتقة من اجتماع الاثنين.

فصل: فإذا ثبت أن أقل الجمع ثلاثة فسواء قال: له عليَّ دراهم أو قال له دراهم كثيرة أو عظيمة فهي ثلاثة أن بيَّنها قبلت منه.

وقال أبو حنيفة لا تقبل منه في إقراره بالدراهم الكثيرة أو العظيمة أقل من عشرة.

ويوشك أن يبينه على مذهبه في أقل المهر، وهذا خطأ، لأننا دللنا على أن صفة الشيء بالكثرة والعظم لا يقتضي زيادة قدر محدود لما وصفنا من الاحتمال والتجويز، وأن الإقرار موضوع على إلزام اليقين وإطراح الشك، وإذا كان كذلك فسواء قال: له عليَّ دراهم كثيرة أو عظيمة وهكذا لو قال: له عليَّ دريهمات لم يقبل أقل من ثلاثة.

ولو قال له عليَّ دراهم ودراهم لزمه في الحكم ستة دراهم فهذا حكم الإقرار إذا صرح بالعدد دون العدد.

فأما إن صرح بالعدد دون المعدود، مثل أن يقول: له عليَّ ثلاثة فيرجع إلى بيانه فيها، فإن بيَّنها من جنس أو أجناس قبلت.ـ

وقال محمد بن الحسن لا أقبلها مع إطلاق العدد إلا من جنس واحد اعتباراً بالعرف والعادة.

وهذا خطأ لأن العرف في الإقرار يطرح واليقين معتبر، على أنه لا عرف في الأعداد أن يتناول جنساً واحداً لأنه قد يعبر بها عن الأجناس كما يعبر بها عن الجنس. فلو قال أردت بالثلاثة فلوساً قبل منه سواء تعامل الناس بها أم لا وهكذا لو قال أردت بالثلاثة درهماً وديناراً وفلساً قبل منه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ وَلَمْ يُسَمِّ الأَلْفَ قِيلَ لَهُ أَعْطِهِ أَيَّ أَلْفٍ شِئْتَ فُلُوساً أَوْ غَيْرَهَا وَاحْلِفْ أَنَّ الأَلْفَ الَّتِي أَقْرَرْتَ بِهَا هِيَ هَذِهِ وَكَذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ بِأَلْفٍ وَعَبْدٍ أَوْ أَلْفٍ وَدَارٍ لَمْ يَجْعَلْ الأَلْفَ الأَوَّلَ عَبِيداً أَوْ دُوراً».

قال الماوردي: وهذا كما قال، ولهذه المسألة تفصيل وأحوال ثلاث، فمنها حالتان متفق على حكمهما: ـ

إحداهما: أن يقول: له عليَّ ألف درهم ودرهم فكل ذلك دراهم إجماعاً ولا يسأل عن تفسير شيء منه لأنه قد فسر الألف قبل الدرهم.

والثانية: أن يقول: له عليَّ ألف وله عليَّ درهم فيرجع إليه في تفسير الألف إجماعاً لإبهامها ولا يكون الدرهم المعطوف عليها تفسيراً لها.

وأما الثالثة المختلف فيها: فهو أن يقول: له عليَّ ألف ودرهم. فمذهب الشافعي أنه يرجع إليه في تفسير الألف لإبهامها ولا يكون العطف بالدرهم تفسيراً لها.

وقال أبو حنيفة يصير الألف بالدرهم المعطوف عليها دراهم كلها ولا يرجع إليه في تفسيرها، استدلالاً، بأمرين:

أحدهما: أن حكم المعطوف عليه حكم العطف، ألا تراه لو قال: رأينا زيداً وعمراً دل على رؤيته لعمرو لعطفه على زيد.

والثاني: أنه لما كان قوله: له عليَّ ألف ومئة درهم تفسيراً للألف بالمئة المعطوفة عليها وجب أن يكون قوله ألفاً ودرهم تفسيراً للألف بالدرهم المعطوف عليها لأن كل واحد منهما عدد مفسر معطوف على عدد مبهم.

ودليلنا هو أن العطف إذا لم يكن وصفاً لم يكن بياناً، كقوله: ألف وعبد لا يكون الألف كلها عبيداً ولأن العطف لو كان بياناً لاستحال أن يعاد معه المعطوف عليه ولما جاز أن يقول: مررت بألف رجل وصبي كما لا يصح أن يقول: مررت بألف رجل صبي، ولوجب إذا قال: له عليَّ ألف درهم ودينار، أن يلزمه ألف دينار ودينار. لأنه قد جاء بما يوجب نعت الألف بالدنانير.

وفي القول بخلاف هذا دليل على فساد ما قالوه في العطف، فأما قولهم: إن حكم المعطوف عليه حكم العطف استشهاداً بقولهم رأيت زيداً وعمراً فخطأ. لأن حكم العطف مأخوذ من المعطوف عليه لأن رؤية عمرو معلومة برؤية زيد، وهم جعلوا حكم الألف المعطوف عليها مأخوذاً من العطف بعدها وهما ضدان.

وأما قوله: له عليَّ ألف ومئة درهم ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنه لا يكون تفسيراً للألف كالدرهم فعلى هذا سقط الاستدلال.

والثاني: أن يكون تفسيراً، فعلى هذا، الفرق بينهما أن الدرهم الزائد على الألف عدد زائد فلم يكن فيه تفسير للعدد الأول، وهو إذا قال ألف ومئة فقد استكمل العدد ثم وصف ذلك بالدرهم تفسير بالاتفاق فلم يجز أن يرجع إلى بعض العدد دون بعض وصار راجعاً إلى جميعه فافترقا.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من أنه يرجع إليه في قوله ألف ودرهم إلى تفسير الألف المتقدمة على الدرهم فإن فسرها بدراهم أو دنانير أو فلوس أو جوز قبل منه. وكذا لو فسر

الألف بأجناس كثيرة قبل أيضاً، وأحلف أن أكذبه المقر له. وهكذا لو قال: له عليَّ ألف ودرهمان يرجع إليه في تفسير الألف.

فإن قال: له عليَّ ألف وثلاثة دراهم، أو ألف واحد عشر درهماً فهل يصير ذلك تفسيراً للألف المبهمة أم لا؟

على ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يكون تفسيراً كما لو كان العدد الزائد درهماً وهذا قول أبي سعيد الاصطخري.

والوجه الثاني: يكون تفسيراً لما ذكرنا من الفرق بينهما، وهذا قول أبي علي الطبري.

والوجه الثالث: أنه إن كان ما بعد الألف عدداً بلفظ الجمع كقوله: له ثلاثة دراهم إلى عشرة دراهم لم يكن ذلك تفسيراً للألف. وإن كان عدداً منصوب التمييز كقوله: أحد عشر درهماً فما زاد كان تفسيراً للألف لأن التمييز أخص بالصفات والنعوت ويصير تقدير هذا الكلام: له عليَّ ألف وأحد عشر من الدراهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَإِذَا قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِلَّا دِرْهَماً قِيلَ لَهُ أَقِرَّ لَهُ بِأَيِّ أَلْفٍ شِئْتَ إِذَا كَانَ الدِّرْهَمُ مُسْتَثْنَى مِنْهَا وَيَبْقَى بَعْدَهُ شَيْءٌ قَلَّ أَوْ كَثُرَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، لا يختلف أصحابنا أن الاستثناء في الإقرار يصح من جنسه وغير جنسه. وإنما اختلفوا في غير الإقرار هل يصح الاستثناء فيه من غير جنسه أم لا؟ على وجهين:

وقال أبو حنيفة: لا يصح استثناء المكيل والموزون من غير جنسه ويصح استثناء ما ليس بمكيل ولا موزون من غير جنسه.

وقال محمد بن الحسن وزفر بن هزيل: لا يصح الاستثناء من غير جنسه بحال، لا في مكيل ولا موزون ولا غيره. استدلالاً بأن في الاستثناء إسقاط بعض الجملة وبعضها يستحيل أن يكون من غير جنسها.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فإنهم عدو لي إلا رب العالمين﴾ [الشعراء: ٧٧] وقال تعالى: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس﴾ [الحجر: ٣٠، ٣١] وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس ... إلا اليعافير وإلا العيس

ولأن الاستثناء إذا رجع إلى جملة صار المراد بهـا ما بقي بعـد المستثنى منها فلم يقـع الفرق بين أن يكون ما عدا المراد جنساً أو غير جنس.

فـإن قيل: فلم جـاز الاستثنـاء عنـدكم في الإقـرار من غيـر جنس ولم تجـوزه في غيـر الإقرار؟

على أحد الوجهين: قيل لأنه قد يصح أنه يوجد في الحقوق المقر بها من غيـر الجنس بدلاً عنها ويبعد وجود مثله في غير الإقرار.

فصـل: فإذا تقـرر جواز الاستثنـاء من جنس وغير جنس، فـألفاظ الاستثنـاء إلا وغيـر، وعدا، وخلا، وما خلا، وحاشا وجميعها في الحكم وصحة الاستثناء واحد.

فأما إذا قال له: عليَّ ألف استثني مئة، أو أحط مئة أو أندر مئة فقـد اختلف أصحابنـا: هل يكون ذلك استثناء صحيحاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون استثناءاً صحيحاً لأنه قد صرح بحكمه فأغنى عن لفظه.

والوجه الثاني: لا يصح الاستثناء به لأنه موعد بالاستثناء كما إذا قـال: استثني أو أحط بغير الاستثناء إذا قال أحط أو أندر.

ثم لا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلاً فإن انفصل بـطل لاستقرار الحكم الأول. ولا يخلو إذا اتصل من ثلاثة أحوال: ـ

إما أن يرفع كل الجملة.

أو يرفع أقلها.

أو يرفع أكثرها.

فـإن رفع كـل الجملة كان بـاطـلاً كقـولـه: علي ألف إلا ألفـاً لأن هـذا رجـوع وليس باستثناء.

وإن رفـع الأقل صـح كقولـه: ألف إلا مئة أو إلا أربعمـائة فيصير البـاقي من الألف بعد الاستثنـاء أربعمـائة أكثـر الألف، هوستمـائـة، ويكون هـذا المراد بـالإقرار ولا يكـون ما خـرج بالاستثناء مراداً باللفظ وجرى مجرى قوله: له عليَّ ستمـائـة درهـم.

ألا ترى قوله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً﴾ [العنكبوت: ١٤].

وإن رفع الأكثر كقوله: ألف إلا تسعمائة أو إلا ستمائة، فالذي عليه الفقهاء وأكثـر أهل اللغة أنه استثناء صحيح حتى لو بقي من الألف بعد الاستثناء درهم صح.

قال ابن درستويه النحوي: لا يجوز الاستثناء إلا أن يبقى أكثر من نصف الجملة لأمرين: ـ

أحدهما: أن الاستثناء لغة يوجد سماعاً، ولم يرد استثناء أكثر الجملة كما لم يرد استثناء كل الجملة.

والثاني: أن الاستثناء تبع لباقي الجملة فلم يجز أن يكون أكثر منها لأن الأكثر لا يكون تبعاً للأقل.

وهذا خطأ، قال الله تبارك وتعالى: ﴿قال رب بما أغويتني لأزينن لهم في الأرض ولأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين، قال هذا صراط عليَّ مستقيم أن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين﴾ [الحجر: ٣٩، ٤٢].

فاستثنى الغاوين من المخلصين تارة والمخلصين من الغاوين أخرى، وإحدى الطائفتين أكثر من الأخرى فدل على جواز استثناء الأكثر، ولأن استثناء الأكثر موجود في كلامهم وظاهر في أشعارهم. قال الشاعر:

رُدُّوا الَّتِي نَقَصَتْ تَسْعِينَ عَنْ مِئَةٍ ثُمَّ ابْعَثُوا حَكَماً بِالْحَقِ قَوَّالاَ[1]

ولأن الخارج بالاستثناء غير داخل في اللفظ ولا مراد به فاستوى حكم قليله وكثيره، وإذا كان كذلك وقال: له عليَّ ألف إلا تسعمائة صح، وكان المراد باللفظ مئة، وجرى مجرى قوله: له عليَّ مئة.

فلو قال: له عليَّ ألف وألف وألف إلا ألفاً، ففي صحة الاستثناء وجهان:

أحدهما: أنه باطل لأنه استثنى ألفاً من الألف فبطل ولزمه ثلاثة آلاف.

والوجه الثاني: صحيح لأن إقراره بثلاثة آلاف وإن كان بثلاثة ألفاظ فصح أن يستثني منها ألفاً ويبقى عليه ألفان، وهكذا يصح أن يستثني ألفين لأنه يعود إلى كل الجملة، ويبقى عليه ألف.

ومثله في الطلاق أن يقول لها: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة فيكون على هذين الوجهين.

---

(١) البيت في الاستغناء للقرافي (٥٣٨)
وهذا البيت لا استثناء فيه بل معناه: أدوا المئة التي سقطت منها تسعون ولا يلزم أن يكون سقوطها بطريق الاستثناء.

ويجوز أن يتعاقب الاستثناء بعده استثناء ثان، ويتعقب الثاني ثالث، ويتعقب الثالث رابع إلا أن كل استثناء يعود إلى ما يليه فيثبت ضد حكمه لأن الاستثناء إن عاد إلى إثبات كان نفياً وإن عاد إلى نفي كان إثباتاً ألا تراه لو قال: رأيت أهل البصرة إلا بني تميم كان ينفي رؤية بني تميم مثبتاً لرؤية أهل البصرة.

وقد جاء كتاب الله تعالى بذلك في قوله تعالى: ﴿قالوا إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته﴾ [الحجر: ٥٨، ٦١] فاستثنى آل لوط من المجرمين ثم استثنى امرأته من آل لوط.

فإذا قال: عليَّ ألف إلا خمسمائة إلا ثلاثمئة إلا مئتين إلا مئة كان هذا إقراراً بسبعمائة، لأن قوله: عليَّ ألف إثبات لها ثم إلا خمسة نفي لها من الألف، فيبقى منها خمسمائة، ثم قوله إلا ثلاثة إثبات لها من الخمسمائة التي نفاها، فيضم إلى المثبت فتصير ثمانمئة ثم قوله إلا مئتين نفي لها من الثلاثمائة التي أثبتها، فتخرج من المثبت فيبقى ستمائة، ثم قوله إلا مئة إثبات لها من المئتين التي نفاها فتضم إلى الباقي من الإثبات وهو ستمائة درهم فيصير الإقرار بسبعمائة لأنه لا يجوز أن يجمع بين إثباتين ولا بين نفيين ولكن لو قال له: عليَّ ألف إلا مئتين وإلا مئة كانا جميعاً نفياً من الألف لأنه جمع بينهما بواو العطف فلم يعد أحدهما إلى الآخر وعاد جميعاً إلى الجملة.

فأما إذا قال: له عليَّ ألف إلا ألف إلا مئة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون عليه ألف.

والثاني: يكون عليه تسعمائة.

والثالث: يكون عليه مئة.

فإذا قلنا أن عليه ألفاً فوجهه أن الاستثناء الأول رفع جميع الجملة فبطل والاستثناء الثاني رجع إلى استثناء باطل فبطل فلزمه آلاف لبطلان الاستثناء منها.

فإذا قلنا يلزمه تسعمئة فوجهه أن الاستثناء الأول بطل لرفعه الجملة فأقيم الثاني مقامه وهو مئة فصار الباقي من الألف تسعمئة.

وإذا قلنا يلزمه مئة فوجهه أن الاستثناء الأول إنما يرفع الجملة إذا لم عقبه استثناء، فإذا يعقبه استثناء مئة صار الباقي من الاستثناء الأول تسعمائة فإذا رجعت إلى الألف كان الباقي منها مئة.

ومثله في الطلاق أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة فيكون على الأوجه الثلاثة.

فلو قال: له عليَّ ألف درهم ومئة ديناً إلا خمسين فأراد بالخمسين المستثناة جنساً غير الدراهم والدنانير قبل منه. وإن أراد أحد الجنسين من الدراهم أو الدنانير أو هماً قبل منه. وإن فات بيانه فعند أبي حنيفة يعود إلى ما يليه. وعندنا أنه يعود إلى المالين المذكورين من الدراهم والدنانير، ثم على وجهين:

أحدهما: يعود إلى كل واحد منهما جميع الاستثناء فيستثنى من الألف درهم خمسون ومن المئة دينار خمسون.

والوجه الثاني: أنه يعود إليهما نصفين فيستثنى من الدراهم خمسة وعشرون ومن الدنانير خمسة وعشرون.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فصورة مسألة الكتاب في رجل قال: لفلان عليَّ ألف إلا درهماً فعندنا أنه يرجع إلى بيانه في الألف ولا يصير باستثناء الدراهم منها دراهم كلها.

وعند أبي حنيفة ومحمد يصير الألف كلها دراهم لاستثناء الدراهم منها لمنعهم أن يصح الاستثناء من غير جنسه، ولو قال ألف إلا عبداً لم تصر الألف عبيداً عند الشافعي وأبي حنيفة وصارت عند محمد بن حسن عبيداً على ما قدمناه من الخلاف بينهم في الاستثناء من غير الجنس.

وإذا كان الأمر على ما ذكرنا من الرجوع إلى بيانه في الألف فأي شيء بيَّنه قبلنا بيانه فيه، فإن بيَّن الألف دراهم أسقطنا منها درهماً لاستثناءه إياه وأوجبنا عليه ما سواه، وإن بيَّنها فلوساً أو نحاساً أو خرزاً أو جوزاً قبلناه. فإن كان مما يكون معلوماً قومناه وأسقطنا من قيمته الدرهم الذي استثناه، وإن كان مما لا يكون معلوماً سألناه عن قيمته وأسقطنا منه الدرهم المستثنى. فإن بقي بعد إسقاط الدرهم بقية فهو القدر الذي أقر به. وإن لم يبق بعد إسقاط الدرهم بقية مثل أن يقر بألف جوزة قيمتها درهم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من قول أبي إسحاق المروزي أنه يرد عليه بيانه ويؤخذ عليه ببيان ما يزيد قيمته على ألف درهم المستثنى حتى يبقى بعد الاستثناء بقية وإن قبلت فيكون هو القدر المقر به، فإن امتنع من بيانه على هذا الوجه صار كمن أقر بمجمل ثم امتنع من بيانه فيكون على وجهين:

أحدهما: يحبس حتى يبيِّن.

والثاني: يجعل كالناكل، ويحلف المدعي على ما ادعى ويحكم له به.

والوجه الثاني: في الأصل وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يلزمه منه ما أقر به من قيمة الألف جوزة التي بيَّنها ويبطل الاستثناء منها لأنه إذا بيَّن ألف جوزة قوَّمها درهماً واستثنى منها درهماً كان كمن قال له درهم إلا درهماً فيبطل الاستثناء ويلزمه الدرهم لأن الاستثناء الرافع للجملة باطل كذلك هذا والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِلَّا كَرَّ حِنْطَةٍ أَوْ إِلَّا عَبْداً أَجْبَرْتُهُ عَلَى أَنْ يَبْقَى بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ شَيْئاً قَلَّ أَوْ كَثُرَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وجملته أن كل استثناء عاد إلى جملة لم يخلو حاله من أربعة أقسام: ـ

أحدها: أن يكون الاستثناء مفسراً من جملة مفسرة كقوله له عليَّ ألف درهم إلا ديناراً فيصح ذلك ويكون المراد بالجملة ما يبقى بعد الاستثناء. وهكذا لو قال: له عليَّ ألف درهم إلا ديناراً كان استثناء مفسراً صحيحاً كجواز الاستثناء من غير الجنس ومن الجنس ويسقط من الألف درهم بقية الدينار المستثنى ويكون الباقي هو المقر به.

والقسم الثاني: أن يكون الاستثناء مجملاً من مجمل، كقوله عليَّ ألف إلا شيئاً، فيبدأ بسؤاله عن الألف فإذا فسرها بمعلوم سئل عن الشيء فإذا فسره بمعلوم أسقط بالاستثناء وكان الباقي هو المقر به. وهكذا لو قال له: عليَّ شيء إلا ألفاً سئل عن الشيء المقر به ثم عن الألف المستثناة منها، فإذا فسرهما بمعلوم لزم الباقي وهكذا لو قال له: عليَّ ألف ثوب إلا عبداً، لأن كل واحد منهما وإن كان معلوم الجنس فهو مجهول الصفة.

والقسم الثالث: أن يكون الاستثناء مفسراً من مجمل كقوله له: عليَّ ألف إلا درهماً، ويسئل عن الألف المجملة دون الاستثناء المفسر، وهكذا لو قال: ألف ثوب إلا ديناراً لأن الألف الثوب وإن كانت مفسرة الجنس فهي مجملة الصفة فاحتيج إلى السؤال عنها، وإن كانت سلماً كان السؤال عن الصفة دون القيمة.

وإن كانت عقباً مستهلكاً كان السؤال عن القيمة دون الصفة إلا أن يختلفا فيكون في الصفة دليل فيُسأل عنها.

والقسم الرابع: أن يكون الاستثناء مجملاً من مفسر كقوله: له عليَّ ألف درهم إلا شيئاً. فيسأل عن الاستثناء المجمل دون الألف المفسرة، وهكذا لو قال: له عليَّ ألف درهم إلا عبداً سئل عن العبد وقيمته لأنه وإن كان معلوم الجنس فهو مجهول الصفة.

فصل: فإذا قال: له عليَّ ألف إلا ثلاثة دراهم لم يكن ذلك تفسيراً للألف بالدراهم باتفاق أصحابنا: فهو بخلاف قوله: ألف وثلاثة دراهم لأن قوله: إلا ثلاثة دراهم تفسير للاستثناء وتفسير الاستثناء لا يكون تفسيراً للمستثنى منه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَقَرَّ بِثَوْبٍ فِي مِنْدِيلٍ أَوْ تَمْرٍ فِي جِرَابٍ فَالوِعَاءُ لِلْمُقِرِّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا أقر بشيء في ظرف كقوله: له عندي ثوب في منديل أو حلي في حق أو جوهرة في درج أو سمن في عكة أو زيت في دبة فالإقرار يتناول الشيء دون ظرفه ويكون الظرف خارجاً من إقراره.

وقال أبو حنيفة يكون الظرف داخلاً في إقراره وأصحابه يحكون ذلك عن محمد، وقال بعض فقهاء المدينة: إن كان المقر به ذائباً لا يستغنى عن ظرف دخل الظرف في الإقرار، وإن كان جامداً لم يدخل واستدلوا بأن لفظ الإقرار بقوله: عندي يقتضي تناول ما يعقبه وجاء بعده، فإذا قال ثوب في منديل صارا داخلين في إقراره ولم يكن: أحدهما بأن يكون مقصوداً بالإقرار بأولى من الآخر ودليلنا هوأن الظرف شيئان: -

مكان، ووعاء.

فلما كان ظرف المكان لا يدخل في الإقرار كقوله: له عندي بغل في إسطبل أو عبد في دار وجب أن يكون ظرف الوعاء لا يدخل في الإقرار، كقوله له عندي ثوب في منديل، وتحريره قياساً: أنه مجمل للمقر به فلم يدخل في إقراره كالمكان، ولأن الإقرار لا يلزم بالاحتمال. وقد يحتمل أن يريد ثوباً في منديل لي، وزيت في دبة لي، ولأن الإقرار بالظرف لا يقتضي دخول ما فيه، كذلك الإقرار بما في الظرف لا يقتضي دخوله فيه لانفصال أحدهما عن الآخر.

فأما الجواب عن استدلالهم بعد فساده لخروج المكان من إقراره وإن كان متصلاً بلفظه أن الاحتمال ينتفي عن الشيء الذي أقر به فلزم، ولا ينتفي عن الظرف فلم يلزم.

فصل: فعلى هذا لو قال: له عندي فرس مسرج أو بغل ملجم فهو إقرار بالفرس والبغل دون السرج واللجام وهكذا لو قال: غصبت داراً مفروشة قماشاً كان إقراراً بغصب الدار دون القماش، ولكن لو قال: له عندي دابة مع سرجها، أو غصبته داراً بقماشها كان إقرار بالجميع.

ولو قال: له عندي ثوب مطرز، فإن كان الطراز منسوجاً معه دخل بالإقرار لأنه بعض الثوب، وإن كان مركباً عليه ففي دخوله في الإقرار وجهان: -

أحدهما: يدخل لاتصاله.

والثاني: لا يدخل لتمييزه واحتماله.

ولو قال: له عندي دبة فيها زيت أو غرارة فيها حنطة كان إقراره بالدبة والغرارة دون الزيت والحنطة لتمييزه واحتماله وهو مما وافق عليه أبو حنيفة فصار حجة عليه.

فصل: فلو قال: له عندي رأس عبد كان إقراراً بجميع العبد لأن رأس العبد لا ينفصل عنه. ولو قال له عندي فص خاتم كان إقراراً بالفص دون الخاتم لتمييزه عنه، ولو قال: له عندي خاتم كان إقراره به وبفصه لأن اسم الخاتم يجمعهما. ولو قال: غصبته عبداً إلا رأسه أو إلا يده ففيه وجهان: أصحهما يكون غاصباً لجميعه لاستحالة ما استثناه.

والوجه الثاني: أنه يكون مقراً بجزء منه يرجع في بيانه إليه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قَالَ لَهُ قِبَلِي كَذَا أَقَرَّ بِمَا شَاءَ وَاحِداً وَلَوْ قَالَ كَذَا وَكَذَا أَقَرَّ بِمَا شَاءَ اثْنَيْنِ وَإِنْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَماً قِيلَ لَهُ أَعْطِهِ دِرْهَمَيْنِ لأَنَّ كَذَا يَقَعُ عَلَى دِرْهَمٍ ثُمَّ قَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِنْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَماً قِيلَ لَهُ أَعْطِهِ دِرْهَماً أَوْ أَكْثَرَ مِنْ قِبَلَ أَنَّ كَذَا يَقَعُ عَلَى أَقَلَّ مِنْ دِرْهَمٍ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَهَذَا خِلاَفُ الأَوَّلِ هُوَ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لأَنَّ كَذَا يَقَعُ عَلَى أَقَلَّ مِنْ دَرْهِمٍ وَلاَ يُعْطَى إِلاَّ اليَقِينُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وهي ثلاث مسائل تشتمل كل مسألة منها على فصلين:

أحداها: أن يقول: له عليَّ كذا.

والثانية: أن يقول: له عليَّ كذا كذا.

والثالثة: أن يقول: له عليَّ كذا وكذا.

فأما إذا قال: له عليَّ كذا فهو إقرار بشيء واحد، لكنه مجمل يرجع إليه في تفسيره فبأي شيء فسره من درهم أو فلس أو قيراط قبل منه، كما يقبل في تفسير إقراره بشيء.

فإن ضم ذكر الدراهم إلى قوله كذا، فقال له: عليَّ كذا درهم بالرفع، أو كذا درهم بالخفض، أو كذا درهماً بالنصب، فعليه في الأحوال كلها وعلى تصانيف الإعراب فيها درهم واحد، لا يختلف الفقهاء فيه وإن كان مقتضى الإعراب في نحو درهم بالخفض أن يتناول مائة درهم لأنه أول عدد يكون تمييزه مخفوضاً بالإضافة غير أن الفقهاء جميعاً لم يعتبروه في هذا الموضع وأوجبوا فيه درهماً واحداً، لأن قوله كذا يتناول من الأعداد واحداً وقوله درهماً أو درهمين يكون تفسيراً لجنسه.

فصل: وأما المسألة الثانية وهي أن يقول له عليَّ كذا كذا فهو إقرار بشيء واحد وإن تكرر لأن حذف واو العطف يجعل التكرار تأكيداً كقوله له عليَّ شيء شيء. أو له عليَّ درهم درهم، فلا يكون إلا شيئاً واحداً أو درهماً واحداً.

وإذا كان بما وصفنا إقراراً بشيء واحد رجع في تفسيره إليه فإن ضمه إلى ذكر الدراهم نظر، فإن قال كذا كذا درهم بالرفع وكذا كذا درهم بالخفض فليس عليه إلا درهم واحد لا يختلف الفقهاء فيه وإن قال كذا كذا درهماً بالنصب فمذهب الشافعي عليه درهم واحد سواء كان نحوياً يعرب كلامه أم لا، وقال محمد بن الحسن عليه أحد عشر درهماً سواء كان نحوياً أم لا. وقال أبوإسحاق المروزي أن كان من العامة الذين لا يعربون في الكلام فعليه درهم واحد كما قال الشافعي، وإن كان نحوياً فعليه أحد عشر درهماً كما قال محمد بن الحسن استدلالاً بأنه أول الأعداد المركبة التي يكون تمييزها منصوباً فألزم مقتضى لفظه.

وهذا خطأ في الحكم، والدلالة على فساده من وجهين:

أحدهما: أن ذكر العدد إذا تعقبه تفسير الجنس لم يوجب زيادة في العدد المذكور اعتباراً بسائر الأعداد.

والثاني: أنه لم يعتبر بمقتضى اللسان في قوله كذا درهم بالخفض في إيجاب مئة درهم عليه اعتباراً بما ذكرنا من أن تفسير الجنس لا يقتضي زيادة العدد كذلك في النصب وفيما ذكرنا من هذين دليل وانفصال.

فصل: وأما المسألة الثالثة فهو أن يقول: له عليَّ كذا وكذا فهذا إقرار بشيئين لدخول واو العطف بينهما، وهكذا لو قال: له عليَّ كذا ثم كذا كان إقراره بشيئين، ولو قال: له على كذا بل كذا ففيه وجهان:

أحدهما: يكون إقراراً بشيء واحد، ويكون الثاني إثباتاً للأول.

والوجه الثاني: أنه يكون إقراراً بشيئين لأنه لا يسوغ في اللسان أن يقول رأيت زيداً بل زيداً، يعني الأول، وإنما يصح إذا عني غيره.

فإن ضمه إلى ذكر الدراهم فقال: له عليَّ كذا وكذا درهماً بالنصب أو درهم بالخفض، قال الشافعي: ههنا يلزمه درهمان وحكى المزني عنه أنه قال في موضع آخر أنه يلزمه درهم واحد.

واختلف أصحابنا في ذلك لاختلاف جوابه على أربع طرق:

إحداها: وهي طريقة المزني أن المسألة على قولين:

أحدها: يلزمه درهم لأن كذا وكذا شيئان فأوجب تفسرهما بالدرهم أن يكونا درهمين.

والقول الثاني: وهو اختيار المزني يلزمه درهم واحد لأن كذا يقع على أقل من درهم فيصير الشيئان درهماً.

والطريقة الثانية: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي أن اختلاف نصه في موضعين لاختلاف إعراب الكلامين فقوله ههنا عليه درهمان إذا قاله منصوباً، وقوله في الموضع الآخر عليه درهم واحد إذا قاله مرفوعاً.

والطريقة الثالثة: وهي طريقة أبي علي بن أبي هريرة أن اختلاف نصه لاختلاف لفظه، فقوله: ههنا عليه درهمان إذا ذكر بينهما الواو فقال: له عليَّ كذا وكذا درهماً، وقوله في الموضع الآخر، عليه درهم واحد إذا لم يذكر بينهما الواو فقال: له عليَّ كذا وكذا، أو شك الحاكم هل ذكر الواو في إقراره أم لا. لأن الإقرار لا يلزمه فيه إلا التفسير قال وقد صرح الشافعي بهذا في الأم.

والطريقة الرابعة: وهي طريقة بعض المتقدمين أن اختلاف نصه لاختلاف إرادته فقوله «ههنا يلزمه درهمان» إذا أرادهما أو أطلق، وقوله في الموضع الآخر «يلزمه درهم واحد» إذا أراد درهماً واحداً ولم يطلق.

فهذا ما ذكره الشافعي وما اختلف أصحابنا في مراده به.

فأما محمد بن الحسن فيقول يلزمه أحد وعشرون درهماً لأنه أول عدد مركب دخلته الواو. وكان تفسيره منصوباً، وهكذا يقول أبو إسحاق المروزي فيمن كان نحوياً وفيما ذكرنا عليهما مقنع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَالإِقْرَارُ فِي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ سَوَاءٌ يَتَحَاصَّونَ مَعاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أقر لرجل بدين في صحته وأقر لآخر بدين في مرضه فكلا الحقين لازم، فإن اتسع ماله لقضائهما قضيا معاً وإن ضاق ماله عنهما كان فيه سواء وتساوى غريم المريض وغريم الصحة فيقتسمان المال بالحصص. وقال أبو حنيفة: يقدم غريم الصحة على غريم المرض فإن لم يفضل عنه شيء تفرد بأخذ المال كله وإن فضل عنه فضلة أخذها غريم المرض بعد استيفاء غريم الصحة جميع دينه.

استدلالاً بأن التصرف في حالة الصحة أوكد وأقوى من التصرف في حال المرض لنفوذ

عطاياه في الصحة وردها في المرض فاقتضى أن يكون الإقرار في حالة الصحة مقدماً على الإقرار في حال المرض، ولأن ديون الغرماء تصير بالمرض متعلقة بعين المال لمنعه من هبته فصار إقراره في مرضه بعد تعلق ديون غرماء الصحة به فلم يجز أن يساويهم فيه، ولأن المرض قد أوقع عليه في التصرف حجراً والإقرار قبل الحجر مقدماً على الإقرار بعده.

ودليلنا هو أن كل إقرار نفذ في جميع المال كان لزومه في المرض والصحة سواء. أصله إذا أقر بثمن سلعة في يده أو بمهر لزوجته، ولأنه قول يلزم به الخروج من الحق فوجب أن يستوي في الصحة والمرض كالشهادة، ولأن كل حق يستوي حكمه في الصحة والمرض إذا ثبت بالبينة وجب أن يستوي حكمه في الصحة والمرض إذا ثبت بالإقرار قياساً على الإقرار بالنسب، ولأن كل حال يستوي فيهما ثبوت النسب بالبينة والإقرار وجب أن يستوي فيها ثبوت الدين بالبينة والإقرار كالصحة، ولأن المرض لا يحدث حجراً في الإقرار بدلالة نفوذه فيما زاد على الثلث فوجب أن يستوي فيه حال الصحة والمرض.

فأما الجواب عن استدلالهم بقوة تصرفه في الصحة على تصرفه في المرض فمن وجهين:

أحدهما: فساده لما ثبت بالبينة حيث استوى فيه حال الصحة والمرض.

والثاني: أنه مسلم في العطايا التي للورثة الاعتراض عليها فيما دون الإقرار الذي لا اعتراض للورثة فيه.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن الديون بالمرض تصير متعلقة بعين المال فهو أنه غير مسلم لأن تلف المال لا يبطل ديونه وثبوت غير ديونهم بالبينة لا يمنع من مشاركتهم وإنما تصير ديونهم بالموت متعلقة بعين المال دون المرض.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المرض قد أوقع عليه حجراً فهو أن حجر المرض واقع عليه في غير الإقرار والحجر فيما سوى المرض واقع في الإقرار.

فصل: إذا ضاق مال المريض عن قضاء ديونه فقدم بعض غرماءه بدينه فقضاه لم يشركه الباقون فيه، وقال أبو حنيفة لباقي الغرماء مشاركته فيه بالحصص لأنها عطية في المرض فصار الحجر واقعاً عليه فيها.

وهذا غير صحيح لأن ما لزم قضاؤه استوى فيه حال الصحة والمرض قياساً عليه إذا قضى ثمن سلعة في يده، ولأن من صح منه الأداء مع وجود الوفاء صح منه الأداء مع العجز كالصحيح طرداً، والصغر عكساً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ لِوَارِثٍ فَلَمْ يَمُتْ حَتَّى حَدَثَ لَهُ وَارِثٌ يَحْجُبُهُ فَالإِقْرَارُ لاَزِمٌ وَإِنْ لَمْ يَحْدُثْ وَارِثٌ فَمَنْ أَجَازَ الإِقْرَارُ لِوَارِثٍ أَجَازَهُ وَمَنْ أَبَاهُ رَدَّهُ وَلَوْ أَقَرَّ لِغَيْرِ وَارِثٍ فَصَارَ وَارِثاً بَطُلَ إِقْرَارُهُ».

قال الماوردي: وهـذا صحيح. إمـا إقراره للوارث في الصحـة فلازم كـالأجنبي، وإما إقراره للوارث في المرض المخوف فإن صح من مرضه لزمه إقراره.

وإن مات منه فقد ذكر الشـافعي لزوم إقـراره، وفرع عليـه وذكر بـطلان إقراره فـاختلف أصحابنا فكان أبوإسحاق المروزي في غير الشرح يخرجه على قولين:

أحدهما: لازم.

والثاني: باطل.

وكـان غيره من أصحـابنا وهـو اختيار ابن أبي هـريرة يجعـل إقراره للوارث لازمـاً قـولاً واحداً، ويجعل ما قاله من بطلان إقراره حكاية عن مذهب غيره.

وقال أبو حنيفة ومالك وابن أبي ليلى: إقراره للوارث باطل استدلالاً بأمرين: ـ

أحدها: أنه في إقراره للوارث متهوم في الميل إليه كالتهمة بدعواه لنفسه بـالميل إليهـا فوجب أن لا يقبل إقراره كما لا يقبل ادعاؤه.

والثاني: أن حجر المـرض يختص بمنع الـوارث مما لا يمنـع منه الأجنبي لأن عـطيته للأجنبي جائزة إذا احتملها الثلث وعطيته للوارث باطلة، وإن احتملها الثلث فـوجب أن يمنع من الإقرار للوارث وإن لم يمنع من إقراره للأجنبي.

ودليلنـا هو أن كـل من صح إقـراره لغير الـوارث صح إقـراره للوارث كالصحيـح طرداً والسفيـه عكساً، ولأن كـل من صح إقـراره في الصحة صـح إقراره في المـرض كالمقـر لغير الوارث، ولأن كل من صح إقراره بالوارث صـح إقراره للوارث كـالمقر بمهـر الزوجيـة، ولأن إقـرار المريض بـوارث أعم من إقراره للوارث لأن إقـراره بالـوارث يتضمن نسباً وولايـة ومالاً فكان إقراره بمال للوارث أحق بالجواز من إقراره بوارث.

وأما الجواب عن قولهم أنه متهـوم في إقراره فهـو أنه لـو لزم لهـذا المعنى فساد إقـراره كالدعوى استوى ما أقر به في الصحة والمرض في الإبطال كما استوى حال ادعائـه لنفسه في الصحة والمرض في الرد على أن المريض أبعـد عن التهمة من الصحيـح لأنها حـال يجتنب الإنسان فيها المعاصي ويخلص الطاعة ولذلك قال أبو بكر رضي الله عنـه في عهده إلى عمـر

وهذا ما عهد به أبو بكر خليفة رسول الله ﷺ عند آخر عهده بالدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر ويتقي فيها الفاجر.

وأما الجواب عن قولهم أن حجر المريض يختص بالوارث دون غيره فهو أنه لما اختص ببطلان الإقرار لاختصاصه ببطلان العطية لاقتضى أن يبطل إقراره للأجنبي فيما جاوز الثلث كما بطلت عطيته فيما جاوز الثلث وفي الفرق بين إقراره للأجنبي وعطيته فيما زاد على الثلث دليل على الفرق بينهما في حق الوارث.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فقد اختلفوا هل يراعى كون المقر له وارثاً عند الإقرار أو عند الوفاء؟ فقال ابن أبي ليلى يراعى في الإقرار للوارث أن يكون وارثاً عند الإقرار لاقتران التهمة بالإقرار لا بما يحدث عند الوفاة.

وقال الشافعي وأبو حنيفة ومالك يراعى في الإقرار للوارث أن يكون وارثاً عند الوفاة لا عند الإقرار، لأن من لا يستحق الميراث يخرج من أن يكون وارثاً، ولأن أفعال المريض معتبرة بحال الوفاة في تقدير ثلثه ونفوذ عطيته فكذلك في إقراره.

فعلى هذا لو كان وارثه أخاً فأقر له بمال ولم يمت حتى حدث له ابن حجب الأخ فهذا إقرار لغير الوارث فيصح قولاً واحداً لكونه غير وارث عند الوفاة.

وعند ابن أبي ليلى يكون إقراراً لوارث اعتباراً بحال الإقرار فيكون باطلاً.

ولو أقر لأخيه وله ابن ثم لم يمت المقر حتى مات الابن فصار الأخ وارثاً، فعلى مذهب الشافعي يكون إقراراً لوارث فيكون على ما ذكرنا من اختلاف المذهب في القولين، وعند ابن أبي ليلى يكون إقراراً لغير وارث فيصح.

فصل: فلو ملك أخاه ثم أقر في مرضه أنه قد كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته نفذ عتقه وفي ميراثه قولان: ـ

أحدهما: لا يرث إذا قيل أن الإقرار للوارث مردود لأن توريثه يوجب رد الإقرار له، ورد الإقرار يبطل الحرية ويسقط الإرث فأثبت الحرية بثبوت الإقرار وسقط الإرث.

والقول الثاني: أنه يرث إذا قيل أن الإقرار للوارث مقبول فيكون العتق نافذاً بإقراره والإرث ثابتاً بنسبه ولا يرتفع أحدهما بصاحبه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ ابْنَ هَذِهِ الأَمَةِ وَلَدُهُ مِنْهَا وَلاَ مَالَ لَهُ

غَيْرَهَا ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُمَا حُرَّانِ بِمَوْتِهِ وَلَا يَبْطُلُ ذَلِكَ بِحَقِّ الْغُرَمَاءِ الَّذِي قَدْ يَكُونُ مُؤَجَّلًا وَيَجُوزُ إِبْطَالُهُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حُرِّيَّةٍ بَعْدَ ثُبُوتِهَا».

قال الماوردي: وصورتها في رجل يملك أمة ذات ولد فقال في مرضه: هذا ابن هذه الأمة ولدي منها، وعليه ديون تحيط بقيمتها فقد صار الولد لاحقاً به إن لم تكن الأمة فراشاً لغيره، وهو حر لأنه لا يثبت لأحد رق على ولده، ثم لا يخلو حاله في الأم من أربعة أقسام: ـ

أحدها: أن يقول في إقراره ببنوته أني استولدتها في ملكي.

والثاني: أن يقول استولدتها في عقد نكاح.

والثالث: أن يقول استولدتها بوطء شبهة.

والرابع: أن يطلق.

فإن قال استولدتها في ملكي صارت أم ولد له بإقراره تعتق عليه بموته والولد خلق حراً لم يجر عليه رق وسواء خرجا من الثلث أم لا صدق الغرماء أم كذبوا وإنما كان كذلك فإن كان له قول يقع به العتق في المرض لأمرين:

أحدهما: أن الإقرار بالعتق في المرض أوكد من إيقاع العتق في المرض لأنه لو أقر في مرضه بعتق عبد في صحته نفذ إقراره ونجز عتقه ولو ابتدأ عتقه في هذه الحال والديون محيطة بقيمته بطل عتقه ولو ثبت أنه استولدها في مرضه كان ولده حراً وصارت له أم ولد فلأن تصير كذلك بإقراره عن فعل الصحة أولى.

والثاني: وهو تعليل الشافعي أنه لما تعارض فيها حكمان أحدهما موجب لعتقها وهو الإقرار، والثاني موجب لرقها وهو الديون وجب إثبات أوكدهما والعتق أوكد من ديون الغرماء لأنه لا يجوز إبطال عتق بعد ثبوته ويجوز إسقاط الديون بالإبراء منها بعد ثبوتها، فلهذين صارا بموته حرين، فإن قيل فلم قال الشافعي وهما حران بموته والولد حر قبل موته لأنه خلق حراً لم يجر رق؟ قيل معناه: أن الحرية اجتمعت فيهما بموته وقبل الموت ما اجتمعت فيهما وإنما كانت في أحدهما.

فصل: وإن قال استولدتها في عقد نكاح فالولد قد عتق عليه وصار حراً بالملك بعد أن خلق مملوكاً لأن ولد الأمة من عقد نكاح مملوك وله الولاء على ولده لأنه عتق على ملكه بعد ثبوت رقه وفي القسم الأول لا يكون له على ولده ولاء لأنه خلق حراً لم يجر عليه رق، فأما الأم فلا تصير له في هذا القسم أم ولد لأنها لم تعلق بحر وإنما علقت بمملوك، وحرية أم الولد إنما تثبت بحرية ولدها، وتكون على الرق بعد موته وتباع في ديون غرمائه.

فصل: وإن قال استولدتها بوطء شبهة ثم ملكها فالولد خلق حراً لأنه من شبهة ملك ولا ولاء عليه للأب لأنه لم يجر عليه رق وهل تصير الأمة أم ولد أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو رواية الربيع أنها لا تصير أم ولد لعدم ملكه عند الاستيلاد.

والثاني: وهو رواية حرملة أنها تصير أم ولد لعلوقها منه بحر لأن الشافعي في القديم يعتبر في كونها أم ولد أن تعلق منه بحر، وفي الجديد يعتبر أن تعلق منه بحر في ملكه.

فصل: وإن أطلق إقراره ولم يضف استيلادها إلى ملك ولا غيره فالولد على الحرية ثم ينظر في الأمة فإن لم تدع إصابتها في الملك فهي على الرق، وإن ادعت إصابتها في الملك فإن صدقها الورثة صارت أم ولد تعتق بالموت ولا اعتبار بإكذاب الغرماء لأن الورثة يقومون مقام مورثهم في الإقرار، وإقرار الموروث مقبول مع تكذيب الغرماء فكذلك إقرار الورثة. وإن أكذبها الورثة وادعوا استيلادها في غير ملك ففيه وجهان: -

أحدهما: أن القول قول الورثة مع إيمانهم على نفي العلم دون البت استصحاباً لرقها الثابت ثم تباع بعد أيمانهم مرقوقة.

والوجه الثاني: أن القول قول الأمة مع يمينها على البت اعتباراً بالظاهر من حال الملك، وعدم النكاح من قبل ثم تصير أم ولد تعتق بالموت والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ لِحَمْلٍ بِدَيْنٍ كَانَ الإِقْرَارُ بَاطِلاً حَتَّى يَقُولُ كَانَ لأَبِي هَذَا الحَمْلُ أَوْ لِجَدِّهِ عَلَى مَالٍ وَهُوَ وَارِثُهُ فَيَكُونُ إِقْرَاراً لَهُ (قَالَ المُـزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا عِنْدِي خِلاَفُ قَوْلِهِ فِي كِتَابِ الوِكَالَةِ فِي الرَّجُلِ يُقِـرُّ أَنَّ فُلاَنـاً وَكِيلٌ لِفُـلاَنٍ فِي قَبْضِ مَا عَلَيْهِ أَنَّهُ لاَ يَقْضِي عَلَيْهِ بِدَفْعِهِ لأَنَّهُ مُقِرٌّ بِالتَّوْكِيلِ فِي مَالٍ لاَ يَمْلِكُهُ وَيَقُولُ لَهُ إِنْ شِئْتَ فَادْفَعْ أَوْ دَعْ وَكَذَلِكَ هَذَا إِذَا أَقَرَّ بِمَالٍ لِرَجُلٍ وَأَقَرَّ عَلَيْهِ أَنَّهُ مَاتَ وَوَرِثَهُ غَيْرُهُ وَهَذَا عِنْدِي بِالحَقِّ أَوْلَى وَهَذَا وَذَاكَ عِنْدِي سَوَاءٌ فَيَلْزَمُهُ مَا أَقَرَّ بِهِ فِيهِمَا عَلَى نَفْسِهِ فَإِنْ كَانَ الَّذِي ذَكَرَ أَنَّهُ مَـاتَ حَيًّا وَأَنْكَرَ الَّذِي لَهُ المَالُ الوِكَالَةَ رَجَعَا عَلَيْهِ بِمَا أَتْلَفَ عَلَيْهِمَا».

قال الماوردي: وصورتها في رجل أقر لحمل امرأة بمال فلا يخلو حال إقراره من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعزيه إلى جهة ممكنة.

والثاني: أن يعزيه إلى جهة مستحيلة.

والثالث: أن يرسله مطلقاً.

فإن عزاه إلى جهة كقوله: له عليَّ إرث من أبيه أو وصية عن موص صح الإقرار ولزم.

وإن أرسله وأطلقه ففي صحته قولان:

أحدهما: قال الشافعي في كتاب الإقرار والمواهب من كتاب الأم ونقله المزني ههنا: أن الإقرار باطل وهو قول أبي يوسف، لأن إثبات الحقوق يجري بين الأحياء الموجودين غالباً وذلك منتف عن الحمل فبطل بغالب هذه الحال أن يصح له إقرار.

والقول الثاني: نص عليه الشافعي في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر، وهذا كتاب لم ينقل المزني منه شيئاً أن إقراره صحيح.

وهذا أصح القولين وهو قول محمد بن الحسن لأن الإقرار إذا أمكن حمله على الصحة لزم ولم يبطل لاحتمال فساده وجه كما يصح الإقرار للطفل وإن استحال استحقاق ذلك بمعاملته لأن له وجهاً في الصحة وكذلك في الحمل.

وإن عزا إقراره إلى جهة مستحيلة، فكقوله: له عليَّ ألف لمعاملتي إياه أو بجنايتي عليه فهذه حالة مستحيلة في الحمل فإذا وصل الإقرار بها فإن قيل ببطلان إقراره مع الإطلاق فهذا إذا وصفه بالمحال أبطل، فإن قيل بصحة إقراره مع الإطلاق ففيه إذا وصله بصفة مستحيلة قولان من تبعيض الإقرار فيمن قال: ضمنت ألفاً على أنني بالخيار: ـ

أحدهما: أن الإقرار لازم على ما تقدم والصلة رجوع فلم يقبل.

والقول الثاني: أن الإقرار باطل لأن بعض الكلام مرتبط ببعض وحكمه أوله موقوف على آخره والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا فإن قيل ببطلان إقراره مع التقييد لما يستحيل أو مع الإطلاق في أحد القولين فهو مردود ولا تفريع عليه. وإن قلنا بصحة إقراره مع التقييد بالمكن أو مع الإطلاق في أحد القولين، فحينئذ يكون التفريع. فنقول لا يخلو حال المقر لحملها من أن تضع حملاً أو لا.

فإن لم تضع حملاً وكان ما بها غلطاً وريحاً بطل الإقرار له، ثم نظر في الإقرار فإن كان قد عزاه إلى وصية بطلت وردت على ورثة الموصي وإن كان قد عزاه إلى ميراث رد على غير الحمل من ورثة مستحقة. وإن كان قد أطلقه أقر في يد المقر لعدم مدعيه.

وإن وضعت حملاً فعلى ضربين:

أحدهما: أن تضعه حياً.

والثاني: أن تضعه ميتاً.

فإن وضعته ميتاً فالجواب على ما مضى من عدم وضعه؛ لأن الميت لا يملك وصية ولا يستحق إرثاً.

وإن وضعته حياً فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فالإقرار صحيح لأن أقل الحمل ستة أشهر فيعلم بوضعه قبلها أنه كان مخلوقاً عند الإقرار فصح له.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من وقت الإقرار فالإقرار باطل لأن أكثر مدة الحمل أربع سنين فيعلم بوضعه بعدها أنه لم يكن مخلوقاً عند الإقرار فبطل وكان كمن أقر بحمل فلم يوضع.

والقسم الثالث: أن تضعه لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين فلا يخلو حالها بعد الإقرار بحملها من أن تصاب بوطء تصير به فراشاً لزوج أو سيد أو ذي شبهة أم لا. فإن لم يصبها مفترش يلحقه ولدها فالظاهر من تقدم حملها ولحوقه بالوطء قبل الإقرار فيصح الإقرار له كحكمنا بتقدمه ولحوقه بالوطء من قبله.

وإن أصابها بعد الإقرار مفترش تصير له فراشاً فالظاهر حدوث حملها ولحوقه بالواطىء بعد الإقرار فبطل الإقرار له كحكمنا بحدوثه ولحوقه بالواطىء من بعده.

فإن وضعت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والثاني لأكثر فإن كان بين الولدين أقل من ستة أشهر فهما حمل واحد فعلى هذا يحكم بتقدم الثاني لعلمنا بتقديم الأول لأنهما حمل واحد. وإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر فهما حملان والثاني منهما متأخر فصح الإقرار الأول فتقدمه وبطل الثاني لتأخره، وسواء كانت في الحالين موطوءة بعد الإقرار أم لا؟

فصل: فإذا صح الإقرار للحمل بما ذكرنا من حال وضعه فلا يخلو أن تضع واحداً أو عدداً فإن وضعت واحداً فجميع الإقرار له ذكراً كان أو أنثى، سواء أكان الإقرار وصية أو ميراثاً.

وإن وضعت عدداً فإن كان ذكوراً لا غير أو إناثاً لا غير فالإقرار بينهم على السواء وإن كانوا ذكوراً وإناثاً نظر فإن كان الإقرار ميراثاً فهو بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كان وصية فهو بينهم بالسوية. وإن لم يعلم حاله فهو بينهم بالسوية أيضاً لأن الأصل التساوي حتى يعلم

سبب التفاضل فلو مات أحدهم فإن مات بعد استيلاده كان على حقه ميراثاً يقسم بين ورثته على فرائض الله تعالى. وإن وقع ميتاً سقط سهمه وكان الإقرار لمن سواه من الحمل.

فصل: أما المزني فإنه جمع بين هذه المسألة وبين الوكالة إذا ادعاها رجل لغائب في قبض حقه فصدق عليها أن على من عليه المال دفع المال إلى الوكيل بالتصديق كما كان عليه دفع المال إلى الحمل الوارث، وهذا الذي قاله المزني ليس بصحيح والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه بتصديق الوكيل غير مقر له بملك المال فلم يجب عليه دفعه إليه وفي الوارث مقر له بملك المال فلزمه دفعه إليه.

والثاني: أنه يدفع المال إلى الوكيل لا يبرأ من التبعة ومطالبة الغائب به إنكار الوكالة فلم يلزم إلا بما تزول معه التبعة من قيام البينة بالوكالة كمن عليه دين ببينة تشهد لا يلزم الدفع إلا بالإشهاد على قبضه لتزول التبعة عند إنكار القبض ولو لم تكن عليه بينة لزم الدفع بغير إشهاد لزوال التبعة فيه وليس كذلك حال الوارث لأن المقر به مقر بارتفاع التبعة عنه فيه.

فصل: فأما إذا أقر رجل أو مجنون بمال كان الإقرار لازماً إن وصله يمكن أو أطلقه لا يختلف.

وإن وصله بمستحيل فعلى القولين:

فأما إن أقر لدابة زيد أو لدار عمرو بمال فالإقرار باطل لاستحالة ملك الدابة والدار شيئاً.

ولو أقر لعبد زيد بمال فإن كان مكاتباً أو مأذوناً له في التجارة صح الإقرار له. وإن كان غير مأذون له في التجارة فإن قيل أنه يملك صح الإقرار له، وإن قيل لا يملك ففي صحة الإقرار له وجهان:

أحدهما: لا يصح كالإقرار للبيعة.

والثاني: يصح لإمكان معاملته في ذمته وهذا أصح.

فأما إن أقر لمصنع أو مسجد بمال صح الإقرار لأنه قد يستحق صرف ذلك المال في عمارته من غلة وقفت عليه، أو من وصيته له، وفيه وجه آخر أنه لا يصح الإقرار له إلا أن يصل إقراره بذلك فيصح، والأول أصح.

فأما إن أقر لبيعه أو كنيسة بمال بطل الإقرار بكل حال لأنه لا يصح الوقف على ذلك، ولا الوصية له، فلم يبق وجه يمكن استحقاق مال من جهته.

فصل: وإذا أقر لرجل بحمل جاريته فإن وصل إقراره بممكن كقوله وصى لي برقبتها وله بحملها صح إقراره ولزم، وسواء أطلق الإقرار أو أرسله، فالذي نقله المزني في جامعه الكبير أن الإقرار بالحمل باطل لأنه لا يصح أن يملك منفرداً ببيع ولا هبة ولا ميراث.

ويجيء قول ثان من الإقرار للحمل أن الإقرار بالحمل صحيح لإمكانه على ما ذكرنا في الوصية والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هَذَا الرَّقِيقُ لَهُ إِلَّا وَاحِداً كَانَ لِلْمُقِرِّ أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمْ شَاءَ».

قال الماوردي: وهؤلاء العبيد له إلا واحد صح الإقرار وكان مجهولاً لأن الواحد المستثنى مجهول وجهالة الاستثناء مفضي إلى جهالة المستثنى منه والجهالة في الإقرار لا تبطله لإمكان بيانه من نفي الجهالة بسؤاله كالمقر بشيء، ثم يؤخذ المقر ببيان العبد الذي استثناه من إقراره وأي عبد بينه قبل منه سواء بين أعلاه أو أدناه.

ومن منع من الاستثناء إذا نفي أكثر الجملة منع من بيان أكثرهم قيمة وهذا خطأ في الموضعين.

ثم الدليل عليه أن المستثنى غير داخل في الإقرار فسقط اعتباره بكل حال ولأنه لو عينه حين إقراره صح فكذلك بعد إقراره وإذا كان كذلك فإن صدقه المقر له في تعيينه فلا يمين عليه، وإن أكذبه أحلفه واستحقه فلو مات العبيد كلهم إلا واحداً فبين أن الذي استثناه هو هذا الواحد ففي قبول ذلك منه وجهان: -

أحدهما: لا يقبل لفوات من مات فيصير باستثناءه رافعاً لجميع إقراره.

والوجه الثاني: أن ذلك مقبول منه لجواز بيانه قبل موت من سواه فكذلك بعده، كما لو عينه فمات، ولا يكون هذا استثناء رافعاً للجملة كما لا يكون موت جميعهم رجوعاً عن الإقرار بهم وهذا أصح الوجهين، ولكن لو قتل جميعهم إلا واحداً فبين أن المستثنى هذا الواحد قبل منه وجهاً واحداً لأن المقتول لم يفت لاستحقاق قيمته على القاتل وهكذا لو قال غصبته هؤلاء العبيد إلا واحداً ثم ماتوا وبقي منهم واحد لأن من مات من المغصوبين مضمون بالقيمة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ غَصَبْتُ هَذِهِ الدَّارَ مِنْ فُلَانٍ وَمَلَّكَهَا لِفُلَانٍ فَهِيَ لِفُلَانٍ الَّذِي أَقَرَّ أَنَّهُ غَصَبَهَا مِنْهُ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لِلثَّانِي لِأَنَّهُ غَاصِبٌ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال: غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو فعليه تسليمها إلى زيد الذي أقر بغصبها منه وهو مستأنف للشهادة بملكها لعمرو فلم تسمع الشهادة منه لأنه غاصب والغاصب مردود الشهادة ثم لا غرم عليه لعمرو الذي أقر له بملكها لأنه قد يكون مالكاً وغيره أحق باليد الإجارة أو رهن فمن أجل ذلك وجب تسليمها إلى صاحب اليد المغصوبة منه دون المقر بملكها له وسقط الغرم عنه لاستحقاق صاحب اليد لها وإن جاز أن يكون غيره مالكاً لها ثم يكون عمرو المقر له بملكها خصماً فيه لزيد المقر له بغصبها فإن اعترف له بملكها سلمها إليه وإن أنكر فالقول قوله لأجل يده وعليه اليمين والله أعلم.

فصل: ولو ابتدأ فقال: ملك هذه الدار لزيد غصبتها من عمرو فهي لزيد الأول الذي أقر له بملكها دون عمرو الثاني الذي أقر له بغصبها فصار الأول وإن كان بلفظ الشهادة إقراراً محضاً لثبوت يده من قبل ووجوب رفعها بهذا القول.

وإن بدأ بذكر الغصب كان ما بعده من ذكر الملك لغيره شهادة محضة ثم إذا جعلت للأول المقر له بالملك، فهل يلزمه غرم قيمتها للثاني المقر له أم لا؟ على قولين نذكرهما فيما بعد.

فصل: وإذا قال: استعرت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه تسليمها إلى زيد الأول الذي استعارها منه، وصارت شهادته بملكها لعمرو لأن شهادة المستعير جائزة بخلاف الغاصب.

ولو ابتدأ فقال هذه الدار لزيد واستعرتها من عمرو لزمه تسليمها إلى زيد الأول الذي أقر له بالملك، وهل يغرم قيمتها لعمرو المعير أم لا؟ على قولين والله أعلم.».

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ غَصَبْتُهَا مِنْ فُلَانٍ لَا بَلْ مِنْ فُلَانٍ كَانَتْ لِلأَوَّلِ وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ لِلثَّانِي وَكَانَ الثَّانِي خَصْماً لِلأَوَّلِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال: غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو، أو قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو، أو قال: غصبت هذه الدار من زيد وغصبها زيد من عمرو أو قال: هذه الدار لزيد وغصبتها من عمرو.

فالدار في هذه المسائل الأربع لزيد الأول المقر له بالملك أو بالغصب لأمرين:

أحدهما: تقدم الإقرار له والمنع من الرجوع فيه.

والثاني: إنها قد صارت للأول بالإقرار الأول وصار بالإقرار الثاني مقراً في الملك الأول فرد ولم يقبل.

وهل يلزمه غرم قيمتها للثاني بما عقبه من الإقرار له بالملك أو الغصب أم لا؟

على قولين:

أحدهما: نقله المزني ههنا من كتاب الإقرار والمواهب من الأم أن لا غرم عليه.

والقول الثاني: نص عليه الشافعي في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر الذي لم ينقل به المزني شيئاً أن الغرم عليه واجب.

فإذا قيل بسقوط الغرم عنه فوجهه شيئان:

أحدهما: أن المقر قد فعل ما لزمه من الإقرار وإنما رفع الشرع حكمه بالأول فلم يلزمه بعد فعل الواجب غرم.

والثاني: أن عين الدار قائمة والقيمة مع وجودها غير مستحقة وإذا قيل بوجوب الغرم عليه فوجهه شيئان:

أحدهما: أنه بالإقرار الأول مفوت لها على الثاني بفعله فصار كالمستهلك فلزمه الغرم.

والثاني: أنه مقر للثاني بالغصب والغصب موجب لغرم القيمة عند تعذر العين وإن كانت قائمة، كالعبد الآبق والمغصوب من الغاصب.

فإذا تقرر توجيه القولين فقد اختلف أصحابنا فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة لا فرق بين أن يسلمها المقر إلى الأول أو يأمره الحاكم لأجل إقراره بتسليمها إلى الأول في أن وجوب الغرم على قولين.

وقال أبو علي الطبري ونفر من أصحابنا: أن سلمها بنفسه لزم الغرم قولاً واحداً لما باشره من الأصالة بالتسليم. فإن سلمها الحاكم فعلى قولين، لأنه حكم لا يقدر على رده.

وقال أبو حنيفة إن سلمها بنفسه لم يغرم وإن سلمها الحاكم غرم، قال لأن تسلم الحاكم تمليك فصار الملك مستهلكاً على الثاني فاستحق الغرم وتسليمه بنفسه ليس بتمليك فلم يغرم.

وعكسه ما ذكرنا أشبه بالحق.

فصل: وإذا باع الرجل عبداً ثم أقر بعد البيع بغصبه من رجل لم يقبل إقراره في نقض البيع ولزمه غرم القيمة للمقر له بالغصب قولاً واحداً بخلاف ما تقدم في أحد القولين لأنه في البيع قد عاوض عليه بالثمن الصائر إليه فغرم وفي الأول لم يعاوض عليه فلم يغرم.

ولو أعتق عبداً ثم أقر بغصبه لم يبطل العتق وكان غرم قيمته على قولين لأنه لم يعاوض عليه وسواء أعتقه متطوعاً أو عن كفارة.

فصل: وإذا قال: غصبت هذا العبد من زيد أو عمرو ولم يعين بالإقرار أحدهما فيؤخذ بالتعيين، فإذا عين أحدهما توجه الإقرار إليه وكان هو المستحق للعبد ولا غرم عليه للآخر قولاً واحداً لأنه لم يعينه بالإقرار.

فإن لم يعين أحدهما وقال لست أعرفه حلف لهما، وكان العبد موقوفاً بينهما حتى يصطلحا، وإن حلف لأحدهما كان للآخر منهما ولو قال غصبت هذا العبد من زيد وعمرو وهو مقر بغصبه منهما وعليه دفعه إليهما ولا غرم. ولو قال غصبت هذا العبد من زيد وغصبته من عمرو ففيه لأصحابنا وجهان

أحدهما: أنه يكون كالمقر بغصبه لثان بعد أول، فيسلم إلى الأول، وهل يلزمه غرم قيمته للثاني أم لا؟ على قولين.

والوجه الثاني: أنه يصير كالمقر بغصبه منهما فيكون بينهما ولا غرم.

فصل: ولو قال غصبت زيداً أو غصبت من زيد ولم يصل هذا الإقرار بشيء فليس بغاصب لشيء يوجب غرماً لأن قوله غصبت زيداً يحتمل أن يريد حبسه من تصرفه ومنعه من عمله، وقوله غصبت من زيد يحتمل أن يكون ما لا قيمة له من حقير تافه، فلو قال غصبت زيداً كلباً أو جلد ميتة فإن كان ذلك موجوداً وجب تسليمه إليه للانتفاع به، وإن كان فائتاً فلا غرم عليه، لتحريم قيمته ولو قال: غصبت زيداً خمراً أو قال خنزيراً لم يجب عليه تسليمه إليه، وأريق الخمر وقتل الخنزير لتحريم الإنتفاع بهما والمنع من إقرار اليد عليهما والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَجُوزُ إِقْرَارُ الْعَبْدِ فِي المَالِ إِلَّا بِأَنْ يَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التِّجَارَةِ فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ سَيِّدُهُ فَمَتَى عُتِقَ وَمَلَكَ غَرِمَ وَيَجُوزُ إِقْرَارُهُ فِي القَتْلِ وَالقَطْعِ وَالحَدِّ لِأَنَّ ذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال وجملة إقرار العبد أنه على ثلاثة أقسام:

[الأول]: قسم يتعلق ببدنه.

[الثاني]: قسم يتعلق بماله.

[الثالث]: وقسم يتعلق ببدنه وماله.

فأما المتعلق ببدنه فإقراره بقتل يوجب قوداً أو زناً يوجب حداً أو قذفاً يوجب جلداً وذلك مقبول منه ومأخوذ به ولا اعتبار بتكذيب سيده، وقال المزني وزفر ومحمد بن الحسن وداود: إن إقراره بتكذيب السيد مردود، استدلالاً بأن بدنه ملك لسيده فكان إقراره في بدنه إقراراً في ملك سيده ولأنه متهوم في إقراره إضراراً بسيده فكان مردوداً كإقراره بالمال وهذا خطأ، ودليلنا قوله ﷺ: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ حَدَّ اللَّهِ عَلَيْهِ فكان على عمومه في كل مبد لصفحته من حر وعبد، ولأنه أقر بحق على بدنه فوجب أن يلزمه إقراره كالصلاة والصيام ولأن ما لا يقبل فيه إقرار السيد على العبد يقبل فيه إقرار العبد على السيد كالردة طرداً والمال عكساً.

فأما الجواب عن استدلالهم بإقراره في ملك سيده فهو أن السيد لم يملك ذلك منه، ألا ترى أن إقراره فيه لا ينفذ ولو ملكه لنفذ إقراره فيه وأما الجواب عن استدلالهم بالتهمة فهو أن التهمة منتفية عن العاقل أن يقتل نفسه إضراراً بغيره.

فصل: وأما المتعلق بالمال فضربان:

أحدهما: مداينة مراضاة.

والثاني: جناية إكراه.

فأما مداينة المراضاة فهو كل حق لزم باختيار مستحقه ومعاملة مستوجبة كالأثمان والقروض والأجور وما يتعلق بذلك فلا يخلو حاله من أن يكون مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له. فإن كان مأذوناً له في التجارة تعلق إقراره بما في يده من أموال التجارة لأنه بالإذن في التجارة مسلط على الإقرار بموجبها، فإن ضاق ما بيده عن دينه الذي أقر به كان الفاضل عنه في ذمته يؤديه إذا عتق وأيسر به، ولا يتعلق برقبته.

وقال أبو حنيفة يكون الفاضل من ديون إقراره ومعاملاته متعلقاً برقبته يباع منه حتى يقضي استدلالاً بأن إذن السيد موجب لضمان ديونه كما يوجب إذنه بالنكاح ضمان الصداق لزوجته.

ودليلنا هو أن كل حق ثبت برضا مستحقه كان محله في الذمة دون الرقبة قياساً على غير المأذون له في التجارة، ولأنه لما استوى حق الجناية من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالرقبة وجب أن يستوي حكم المداينة من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالذمة فأما استدلاله بالصداق ففيه قولان:

أحدهما: لا يضمنه فعلى هذا يكون السؤال ساقطاً.

والثاني: يصير ضامناً له وهذا على القول الذي يوجب على السيد تزويج عبده إذا احتاج وسأل.

فعلى هذا الفرق بين الصداق والمداينة وجوب الإذن له بالتزويج فكان ملتزماً للصداق فيه كالنفقة ولا يجب عليه الإذن له بالتجارة فلم يلزم ضمان ما حدث من مداينة.

فصل: ولو كان العبد غير مأذون له بالتجارة فجميع ديونه متعلقة بذمته يؤديها بعد عتقه ويساره وليس له أن يؤديها من كسبه ولا أن ملكه السيد مالاً أن يصرفه في ديونه سواء قلنا بأنه يملك إذا ملكه أو لا، وسواء صدقه السيد على الديون أم لا، ويمنع الغرماء من مطالبته في حال الرق وبعد عتقه حتى يوسر.

فصل: وأما ما وجب عليه عن جناية واستكراه كأروش الجناية وقيم المتلفات وديات الخطأ وكل ما وجب لمستحقه بغير اختيار ورضى فلا يخلو حال السيد من أحد أمرين:

إما أن يصدقه

أو يكذبه.

فإن صدقه السيد على إقراره أو قامت بينة بوجوبه ولزومه فهو متعلق برقبته يباع فيها ويقضي وإن ضاقت القيمة عن جنايته ففي الفاضل منها وجهان من اختلاف أصحابنا في أرش الجناية هل تعلق ابتداء برقبته أو تعلق بذمته ثم انتقل إلى رقبته؟

فأحد الوجهين: أنها وجبت ابتداء في رقبته فعلى هذا لا شيء عليه بعد عتقه من بقية جنايته ويكون الباقي منها هدراً.

والثاني: أنها وجبت ابتداء في ذمته ثم انتقلت إلى رقبته فعلى هذا يكون الفاضل عن قيمة رقبته ثابتاً في ذمته يؤديه بعد عتقه ويساره.

فأما إن كذبه السيد على إقراره بالجناية والاستهلاك لم يتعلق الإقرار برقبته وكان متعلقاً بذمته يؤديه بعد عتقه ويساره وسواء كان مأذوناً له في التجارة أم لا.

وقال أبو حنيفة: إن كان مأذوناً له في التجارة قضاه مما في يديه لأنه بالإذن مطلق التصرف كالحر.

وهذا خطأ، لأن الإذن بالتجارة لا يتضمن إذناً بغير التجارة فاستوى حال جنايته مع وجود الإذن وعدمه ولأن أرش الاقتصاص من المأذون له في التجارة وغير المأذون له على

سواء في أنه لا يتعلق بمال التجارة فكذلك أرش كل جناية، وتحريره قياساً أن ما لم يكن من حقوق التجارة لم يجز أن يتعلق بمال التجارة كأرش البكارة والله تعالى أعلم.

فصل: فأما المتعلق بالمال والبدن، فالسرقة فإن لم يجب فيها القطع لعدم الحرز أو لنقص النصاب كان كالمال المستحق عن جناية واستهلاك إن صدقه السيد تعلق برقبته وإن كذبه السيد كان في ذمته ولا ينفذ إقراره على السيد مع التكذيب.

وإن وجب فيها القطع بكمال النصاب ووجود الحرز كان إقراره نافذاً على يده في القطع ولا يراعى فيه تصديق السيد لتعلقه ببدنه.

فأما المال فإن صدقه السيد فيه تعلق برقبته، وإن كذبه السيد فعلى قولين:

أحدهما: لا يقبل فيه ويتعلق بذمته بعد عتقه ولا يتعلق برقبته لأنه مال لا ينفذ إقراره به إلا بتصديق السيد.

والقول الثاني: أنه مقبول الإقرار فيه ويتعلق برقبته فيباع لأدائه لأن اقترانه بالقطع ينفي عنه التهمة ولأنه إقرار واحد قد حكم ببعضه فحكم بباقيه فلو كان ما أقر بسرقته عيناً في يده فإن لم يقبل إقراره في المستهلك فأولى أن لا يقبل إقراره في العين، وإن قبل إقراره في المستهلك ففي قبول إقراره في العين التي بيده وجهان:

أحدهما: يقبل أيضاً كالمستهلك.

والثاني: لا يقبل لأن يد العبد يد لسيده فصار إقراره بتلك إقراراً فيما بيد سيده فرد ولم يقبل.

فصل: فأما المكاتب فمقبول الإقرار في المال والبدن ولا يعتبر فيه تصديق السيد ويتعلق ما أقر به بالمال الذي في يده إلا أن يعجز ولا مال معه فتكون ديون معاملاته في ذمته يؤديها بعد عتقه وغرم جنايته في رقبته يؤدى من ثمنه.

وأما المدبر وأم الولد فهما في الإقرار كالعبد.

وأما الذي نصفه حر ونصفه مملوك في نصفه الحر نافذ الإقرار كالحر وفي نصفه المرقوق كالعبد والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ فَأَتَاهُ بِأَلْفٍ فَقَالَ هِيَ هَذِهِ الَّتِي أَقْرَرْتُ لَكَ بِهَا كَانَتْ لَكَ عِنْدِي وَدِيعَةٌ فَقَالَ بَلْ هَذِهِ وَدِيعَةٌ وَتِلْكَ أُخْرَى فَالْقَولُ

قَوْلُ المُقِرِّ مَعَ يَمِينِهِ لَأَنَّ مَنْ أَوْدَعَ شَيْئاً فَجَائِزٌ أَنْ يَقُولَ لِفُلَانٍ عِنْدِي وَلِفُلَانٍ عَلَيَّ لأَنَّهُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يُهْلَكْ وَقَدْ يُودَعُ فَيَتَعَدَّى فَيَكُونُ عَلَيْهِ دَيْناً فَلَا أُلْزِمُهُ إِلَّا بِاليَقِينِ.».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ابتدأ المقر فقال: لفلان عليَّ ألف ثم أتاه بها وقال: هذه الألف التي كنت أقررت بها كانت لك عندي وديعة فأنكره المقر لـه وقال: هـذه لعمري وديعتي في يـدك وتلك ألف أخرى دين لي في ذمتـك، فالقـول قول المقـر مع يمينـه، وليس عليه غيرها.

وقال أبو حنيفة: القول قول المقر له لأن قوله: عليَّ مستعمل في الـديون دون الـودائع فصار ظاهر الإقرار يوجب تصديق المقر له. وهذا خطأ من وجهين: ـ

أحـدهما: أن حـروف الصفات تقـوم بعضهـا مقـام بعض فجـاز أن يقـول عليَّ بمعنى عندي.

والثاني: أن ما احتمله الإقرار فهو مقبـول من المقر، ومـا قالـه المقر ههنـا محتمل من وجهين ذكرهما الشافعي.

أحدهما: أن قوله: عليَّ يعني ردها.

والثاني: عليَّ لأنني تعديت فيها فضمنتها.

ولكن لو قال: له عليَّ ألف درهم، ثم قال: أردت بها وديعة قد تلفت لم يقبل ذلك منه لأن ما تلف لا يكون عنده فيحتمل عليَّ أنـه المراد بقـوله عليّ. ولا يمكن ردهـا فيحمل على معنى الرد، ولا تصير مضمونة بغير التعدي فلم يكن لسقوط ضمانها وجه فلزمه الغرم.

فصل: ولو قال: لفلان في ذمتي ألف، ثم أحضر ألفاً وقال: هذه الألف التي أقررت له بها كانت له عندي وديعة، فقال المقر له: بل هذه الوديعة وتلك دين غيرها، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المقر مع يمينه ولا يلزمه غيرها لاحتمال قوله في ذمتي لتعديـة فيها.

والوجه الثاني: أن القول قول المقر له، وله مطالبة المقـر بألف أخـرى؛ لأنه لمـا أشار إليها أنها وديعة لم يجز أن تضاف إلى ذمته، لأن الأعيان لا تثبت في الذمم بعد التلف فتنافيـا والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ عِنْدِي أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً أَوْ مُضَارَبَةً دَيْناً كَانَتْ دَيْناً لأَنَّهُ قَدْ يَتَعَدَّى فِيهَا فَتَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، لأن الوديعة والمضاربة وإن كان أصلها سقوط الضمان عنها فقد يقع التعدي فيهما فيجب ضمانهما وما وجب ضمانه بعد الأمانة جاز أن يصير ديناً بالاستهلاك فلم يكن قوله وديعة ديناً متنافياً ولا ممتنعاً، فصار مقراً بألف هي دين مضمون في ذمته عن وديعة أو مضاربة ولا وجه لإلغاء بعض العراقيين صلة الوديعة بالدين وإثبات حكم الوديعة في سقوط الضمان لإمكان اجتماعهما بما بينا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ دَفَعَهَا إِلَيَّ أَمَانَةً عَلَيَّ أَنِّي ضَامِنٌ لَهَا لَمْ يَكُنْ بِشَرْطِ ضَمَانٍ مَا أَصْلُهُ أَمَانَةٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: كان عقد كل أمانة كالوديعة والمضاربة لم يصر مضموناً باشتراط الضمان وكل عقد كان مضموناً كالعواري لم يسقط ضمانه باشتراط سقوطه لأن العقود معتبرة بما استقر من أحكام أصولها ولا يغير الشرط الأصل عن حكمه فإذا أقر الرجل أن فلاناً دفع إليه وديعة على أنه ضامن لها فهي أمانة لا يلزمه ضمانها.

فصل: فأما إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم هي وديعة دفعها إليَّ بشرط الضمان ففيه وجهان:

أحدهما: لا تكون مضمونة لأنه قد وصل الألف بذكر الوديعة فلم تصر بالشرط مضمونة.

والوجه الثاني: تكون مضمونة لما تقدم من إقراره بقوله: له عليَّ ثم قوله من بعد: دفعها إليَّ بشرط الضمان ظاهره شرط جواز التصرف الموجب للضمان والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ فِي هَذَا الْعَبْدِ أَلْفُ دِرْهَمٍ سُئِلَ عَنْ قَوْلِهِ فَإِنْ قَالَ نَقَدَ فِيهِ أَلْفاً قِيلَ كَمْ لَكَ مِنْهُ؛ فَمَا قَالَ إِنَّهُ لَهُ مِنْهُ اشْتَرَاهُ بِهِ فَهُوَ كَمَا قَالَ مَعَ يَمِينِهِ وَلاَ أَنْظُرُ إِلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ لأَنَّهُمَا قَدْ يُغْبَنَانِ وَيَغْبِنَانِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا قال: لزيد في هذا العبد ألف درهم فهو إقرار مجمل لا يوقف على مراده إلا ببيانه لاحتماله وجوهاً فيسأل عما أراد به فإذا قال أردت أنه نقد في ثمنه ألفاً، فهذا خبر أنه ملك منه بالابتياع شيئاً أبهمه ولم يذكر قدره.

فيقال له: قد صار إقرارك معلوم الجهة مجهول القدر فهل شريتماه صفقه أو صفقتين؟ فإن قال: شريناه صفقة، قيل له: فكم نقدت في ثمنه؟ فإن قال: ألفاً، كان العبد بينهما نصفين لأن ثمنه ألفان إحداهما له. وإن قال نقدت فيه ألفين. كان إقراراً بثلثه وإن قال: نقدت فيه ثلاثة آلاف كان إقراراً بربعه.

قال الشافعي رضي الله عنه: ولا أنظر إلى قيمة العبد رداً على مالك حين زعم أنه إذا قال: أردت أنه نقد في ثمنه ألفاً، لم أسأله وقيِّمت العبد فإن كانت قيمته ألفاً كان للمقر له، وإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم كان له عشرة، فرد عليه هذا القول في اعتبار قيمته بما علل به من أنهما قد يُغبتان ويَغبنان لأن الثمن قد يكون تارة أزيد من القيمة وتارة أنقص فلم يجز من أجل ذلك أن تعتبر القيمة.

وإن قال: اشتريناه صفقتين سئل عن قدر حصته ولم يسأل عن قدر ما نقد في ثمنه لأن ثمن كل واحدة من الصفقتين قد يختلف وليس كالصفقة الواحدة فإذا بين لنفسه قدراً منه من ثلث أو نصف أو أكثر أو أقل كان الباقي بعده للمقر له وصار هو القدر المقر به.

فصل: وإن قال: أردت بقولي له في هذا العبد ألف أن العبد جنى عليه جناية أرشها ألف قبل منه مع يمينه لاحتمال إقراره وأن جناية العبد في رقبته فيباع منه بقدرها إلا أن يفديه السيد منها ولا يعتبر فيه تصديق العبد.

فصل: وإن قال: أردت بذلك أنه وصى له بألف من ثمنه قبل منه، لأن الوصية بشيء من ثمنه متعلقة برقبته فصار ذلك داخلاً في احتمال إقراره ويباع العبد فيدفع إليه ألف من ثمنه، فإن دفعت إليه من غير ثمنه لم يجز بخلاف الجناية التي يجوز أن يفدي منها لأن الوصية قد يتعين الملك بها، ولا يتعين في الجناية، فإن نقص ثمن العبد عن ألف لم يكن له أكثر من ثمنه وإن زاد فلا حق له في الزيادة والله أعلم.

فصل: وإن قال: أردت به أن العبد مرهون عنده بألف وقد اختلف أصحابنا هل يدخل ذلك في احتمال إقراره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يدخل في الاحتمال ويقبل منه لأن للألف تعلقاً برقبته في استيفائها منها.

والوجه الثاني: لا يدخل في الاحتمال ولا يقبل منه في البيان لأن حق الرهن في الذمة وهو أخبر أنه في العبد.

والوجه الأول أصح لأن حق الرهن متعلق بالذمة والرهن فكان أوكد من أرش الجناية.

فصل: ولا فرق فيما تقدم من المسائل بين أن يقول: له في هذا العبد ألف، وبين أن يقول: له من هذا العبد ألف، لأنهما حرفا صفة يقوم أحدهما مقام الآخر وليست الألف جزءاً من العبد، وإنما يتوصل إليها من العبد فاستوى الحكم في قوله: من وفي، ولكن لو قال: له من هذا العبد بقيمة ألف، فهذا إقرار بملك جزء من العبد قدره بقيمة ألف، فهل يصير الإقرار مقدراً بالقيمة أو يرجع فيه إلى بيانه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الأصح عندي، أنه يرجع فيه إلى بيانه ولا يصير مقدراً بالقيمة لأمرين:

أحدهما: أن القيمة قد تختلف ولا تقف في الأحوال على حد ولا الناس فيها مجمعون على قدر فلم يجز أن يقدر الإقرار بها.

والثاني: أنه لا يصح أن يستأنف تملك شيء بقيمة مطلقة. فلهذين ما رجع إلى بيانه في القدر فإن بين قدراً يتقَّيم بألف أو أقل قبل.

والوجه الثاني: يقدر إقراره بالقيمة، ذكره أبو القاسم الطبري وأن العبد يقيَّم فإن كانت قيمته أكثر من ألف ملك منه بقسط الألف وإن كانت قيمته ألفاً ذكر بعض أصحابنا أنه لا يصير المقر له مالكاً لجميع العبد لأن من يوجب التبعيض فلا بد من إخراج بعضه من إقراره وزعم أن الصحيح عنده أن يكون إقراره بجميع العبد استشهاداً بقول الشافعي رضي الله عنه أن من قال: لفلان من هذا المال ألف وكان المال كله ألفاً أنه إقرار بجميعه، وأن من قد يكون للتبعيض تارة وللتمييز أخرى. قال الله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ﴾ [الحج: ٣٠] أي اجتنب الأوثان الرجس.

فصل: وإذا قال: لفلان في هذا العبد شركة رجع في قدر الشركة إلى بيانه فما بينه من سهم وأن قل قبل منه.

وقال أبو يوسف: لا أقبل منه أقل من الثلث لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] وكان الثلث في الشرع حداً في الشركة. وهذا خطأ لأن الله تعالى جعل الثلث في هذا الموضع قدراً لحق المشترك فيه ولم يجعله قدراً للسهم المشارك به، ولو جاز أن يكون هذا حداً لأقل الشركة لمنع من الزيادة عليه أن تصح الشركة فيه ولصار حداً لأكثر ما تصح الشركة به والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفُ دِرْهَمٍ كَانَ إِقْرَاراً عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي كَانَتْ هِبَةً إِلَّا أَنْ تُرِيدَ إِقْرَاراً».

قال الماوردي: وهذا صحيح وهما مسألتان يختلف حكمهما والجواب منهما. فالمسألة الأولى منهما أن يقول: له في ميراث أبي ألف درهم فهذا إقرار على أبيه بدين في تركته.

والمسألة الثانية: أن يقول: له في ميراثي من أبي ألف درهم فهذه هبة لم تقبض فتكون غير لازمة إلا أن يريد إقراراً بدين.

والفرق بين المسألتين حيث كان في الأولى مقراً بدين واجب وفي الثانية بهبة غير لازمة أنه قال في الأولى: في ميراث أبي فأضاف الميراث إلى المقر له لأن ملك أبيه قد زال عن المال بموته ولا يصير ميراث الأب له إلا لدين يتعلق فلذلك صار إقراراً بدين. وفي المسألة الثانية قال: في ميراثي من أبي فأضاف ملك الأب إلى نفسه وهو لا يملك ميراث أبيه إلا بعد قضاء الدين والوصايا فانصرف الإقرار عن الدين إلى الهبة لاحتمالها.

ومثال هاتين المسألتين أن يقول: له من هذه الدار نصفها ومن داري نصفها لأن هذا كان إقراره هذا هبة غير لازمة للفرق المذكور بينهما والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ عِنْدِي أَلْفُ دِرْهَمٍ عَارِيَّةً كَانَتْ مَضْمُونَةً».

وهذا صحيح، وجملته أن عارية الدراهم جائزة وفي جواز إجارتها وجهان لفرق بينهما نذكره في موضعه، فإذا قال: له عندي ألف درهم عارية كانت مضمونة لأن العارية مضمونة فاستوى حكم قوله: عارية مضمونة كما يستوي حكم قوله: مغصوبة ومضمونة. وهكذا لو قال: له عندي ألف درهم قرضاً كانت مضمونة لأن القرض مضمون والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي الله عنه: «وَلَو أَقَرَّ فِي عَبْد فِي يَدِهِ لِفُلَانٍ وَأَقَرَّ العَبْدُ لِغَيْرِهِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا حكم برق العبد في يد رجل والحكم برقه يكون من ثلاثة أوجه:

أحدها: البينة القائمة برقه من أحد وجهين:

إما بسبي فلا يقبل فيه إلا شاهدان.

وإما لولادته من أمته عن إصابة زوج أو سفاح فيقبل فيه أربع نسوة يشهدن بولادته.

والثاني: اليد وهو أن يلتقط صغيراً مجهول النسب فيدعيه الملتقط عبداً فيحكم له برقه فإذا تصرف فيه تصرف الاسترقاق في استخدامه ثم بلغ وأنكر الرق لم يؤثر إنكاره بعد الحكم برقه.

والثالث: الإقرار أن يدعي رقه بعد البلوغ فيصدق المدعي على استرقاقه فيصير عبداً بإقراره بشرطين:

أحدهما: أن يكون مجهول النسب فإن عرف له نسب يوجب الحرية لم يقبل إقراره.

والثاني: أن لا يتقدم منه إقرار بالحرية، فإن كان قد أقر بها ثم أقر بعدها بالرق لم يقبل إقراره.

فإذا حكم برقه من أحد هذه الوجوه الثلاثة وكان في يدي سيده فأقر به السيد لزيد وأقر العبد بنفسه لعمرو فالقول قول السيد دون العبد لأن العبد مملوك لغيره فصار إقراره إقراراً في ملك غيره ونفذ فيه إقرار السيد لأجل يده، وإذا كان القول فيه قول السيد نظر فيه فإن قبل زيد إقرار السيد حكم له برقه وكان عمرو إن ادعى رقه خصماً لزيد فيه، وإن لم يقبل زيد إقرار السيد ففيه قولان:

أحدهما: يصير حراً يرتفع رقه بإنكار من صار محكوماً له بملكه.

والقول الثاني: أنه يكون على رقه ولا يصير حراً لأن جهالة الملك لا تزيل عن السبي حكم الملك.

فعلى هذا، هل ترتفع عنه يد السيد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرتفع عنه لزوال ملكه بالإقرار فعلى هذا من سبق إلى ادعائه ملكاً لم يمنع منه سواء سبق إلى الدعوى من اعترف له العبد بالملك وهو عمرو أو غيره.

والوجه الثاني: تقر يد السيد المقر عليه لعدم من هو أحق به، ويستحق باليد دفع المدعي عنه إلا أن تقوم له بينة بملكه فإن صدقه ثانياً على ما ملكه لم يصر مالكاً للعبد في إقراره لأنه بالإقرار الأول زال ملكه فلم ينفذ إقراره ولكن يلزمه بالإقرار الثاني رفع يده ولا يمنع الثاني منه وإن لم يحكم له بالملك لعدم المنازع له. والله أعلم:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي تَرَكَهُ أَبُوهُ لِفُلَانٍ ثُمَّ وَصَلَ أَوْ لَمْ يَصِلْ دَفَعَهُ أَوْ لَمْ يَدْفَعْهُ فَقَالَ بَلْ لِفُلَانٍ آخَرَ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ لِلآخَرِ وَلَا يُصَدَّقُ عَلَى إِبْطَالِ إِقْرَارِهِ فِي مَالٍ قَدْ قَطَعَهُ لِلْأَوَّلِ».

قال الماوردي: قد مضى نظير هذه المسألة وصورتها أن يقول وارث ميت قد ترك أبوه عبداً: هذا العبد الذي تركه أبي لزيد لا بل لعمرو، فهو للأول دون الثاني سواء قال ذلك متصلاً أو منفصلاً وهو معنى قول الشافعي رحمه الله وصل أو لم يصل هل يلزم غرم قيمته للثاني أم لا؟

على قولين ذكرنا وجههما، واختلف أصحابنا في موضوعهما فقالت طائفة القولان إذا سلمه الحاكم فإن كان هذا الدافع، له غرم قولاً واحداً، وقالت طائفة: بل القولان في

الموضعين معاً، وهو الأظهر من قول الشافعي لأنه قال ههنا: دفعه أو لم يدفعه فلا غرم عليه للآخر وسواء كان عامداً في إقراره للأول أو خاطئاً لأن العمد والخطأ في الأموال سواء. وحكى أبو إسحاق المروزي عن بعض أصحابنا إن أخطأ فلا غرم عليه وإن عمد فعلى قولين، والأصح ما قلناه تعليلاً بما ذكرنا والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فَرَدَّا ثُمَّ اشْتَرَيَاهُ فَإِنْ صَدَّقَهُمَا البَائِعُ رَدَّ الثَّمَنِ وَكَانَ لَهُ الوَلاَءُ وَإِنْ كَذَّبَهُمَا عُتِقَ بِإِقْرَارِهِمَا وَالوَلاَءُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ وَتَرَكَ مَالاً كَانَ مَوْقُوفاً حَتَّى يَصْدُقهُمَا فَيَرُدَّ الثَّمَنَ إِلَيْهِمَا وَالوَلاَءُ لَـهُ دُونَهُمَا (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ أَصْلُ قَوْلِهِ أَنَّ مَنْ لَهُ حَقٌّ مَنْعِهِ ثُمَّ قُدِّرَ عَلَيْهِ أَخْذُهُ وَلاَ يَخْلُو المُشْتَرِيَانِ فِي قَوْلِهِمَا فِي العِتْقِ مِنْ صِدْقٍ أَوْ كَذِبٍ فَإِنْ كَانَ قَوْلَهُمَا صِدْقاً فَالثَّمَنُ دَيْنٌ لَهُمَا عَلَى الجَاحِدِ لأَنَّـهُ بَاعَ مَوْلًى لَهُ وَمَا تَرَكَ فَهُوَ لِمَوْلاَهُ وَلَهُمَا أَخْذُ الثَّمَن مِنْهُ وَإِنْ كَانَ قَوْلُهُمَا كَذِباً فَهُوَ عَبْدُهُمَا وَمَا تَرَكَ فَهُوَ لَهُمَا وَاليَقِينُ أَنَّ لَهُمَا قَدْرَ الثَّمَنِ مِنْ مَالِ المَيِّتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرَ بَائِعِهِ وَتَرَكَ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ وَإِنْ كَانَ مَا تَرَكَ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا غَيْرُهُ».

قال الماوردي: وصورتها في عبد ادعى على سيده أنه أعتقه فأنكره فالقول قول السيد مع يمينه وهو على الرق إلا أن يقيم بينة بالعتق والبينة شاهدان لا غير فإن شهد على السيد بعتقه شاهدان فإن كانا عدلين حكم بشهادتهما وعتق العبد بها وصار حراً وللسيد ولاؤه وإن كان منكراً لعتقه، لأن العتق موجب للولاء وقد حكم عليه بالعتق فوجب أن يحكم له بالولاء وعليه أن يرد عليه ما أخذه من كسبه من بعد العتق إلى حين الحكم إلا قدر النفقة عليه. وإن لم يكونا عدلين ردا وكان العبد على الرق وللسيد أن يتصرف فيه كتصرفه من قبل في تملك اكتسابه والتزام نفقته والتمكين من بيعه.

فإذا عاد الشاهدان بعتقه فاشترياه صح الشراء ولزمهما الثمن وكان العقد من جهة السيد بيعاً ومن جهة الشاهدين اقتداءاً وإنما صح الشراء وإن اعتقدا حريته استنقاذاً له من رق ظلم وأسر عدوان كالمسلم إذا اشترى مأسوراً من مشرك صح الشراء وإن كان حراً استنقاذاً من أسر الظلم ويد التغلب لا لملك ما اشترى كمن شهد على رجل بطلاق زوجته ثم بذل للزوج في خلعها ما لا صح الخلع ولزمه العوض وإن اعتقد الفرقة قبل الخلع استنقاذاً لها من فرج حرام فلذلك صح الشراء ولزم الثمن وليس كمن أقر بأخت من الرضاع أنه لا يصح أن يتزوجها لأنه ليس فيه استنقاذ من معصية ولا غرض يصح لقاصد.

فصل: فإذا ثبت صحة الشراء ولزم الثمن عتق عليهما وصار حراً بسابق إقرارهما لأن قولهما وإن كان يرد على غيرهما فهو إقرار منهما نافذ عليهما فصار كمن أتى بمال من دين له فامتنع من قبضه وقال: هو مغصوب من فلان لم يقبل قوله على صاحب اليد ما لم يكمل بقوله بينة عادلة وكان لغريمه أن يجبره على قبضه أو إبرائه فإذا قبضه لزمه رده على من أقر له بغصبه منه بسابق إقراره لأن قوله وإن رد على غيره فهو مقبول على نفسه وإذا عتق صار حراً ملك كسبه وسقطت نفقته عنه.

ولو كان بدل العبد أمة جاز له أن يتزوجها مع وجود الطول. ولو كانت الأمة قد ولدت في يد السيد فملك الشاهدان أولادها عتقوا لإقرارهما بعتق الأم، وأولاد الحرة أحرار. فلو ملك الشاهدان أن النصف ممن شهدا بعتقه عتق عليهما ذلك النصف ولا تقويم عليهما في النصف الثاني لأننا لم نمض العتق عليهما بمباشرة منهما وإنما أمضيناه بإقرارهما على غيرهما ولأنهما والعبد معترفون بحرية جميعه والبائع معترف برق جميعه فلم يكن فيهم معترف بما يوجب التقويم فسقط ثم هكذا الكلام لو كان أحد الشاهدين هو المشتري في صحة العقد ونفوذ العتق إذ هو به مقر ولو لم يشتره ولكن ورثه عتق عليه أيضاً لأن حصول ملكه بأي وجه كان موجب لعتقه بالإقرار.

فصل: فإذا ثبت نفوذ عتقه فولاؤه موقوف لأن الشاهدين المشتريين يقران به للبائع، والبائع بإنكار العتق منكر له.

فإذا عاد البائع فاعترف بالعتق ثبت له الولاء سواء اعترف به في حياة العبد أو بعد موته ترك مالاً أو لم يترك، وعليه رد الثمن على الشاهدين وإن كانا على حال الإنكار حتى مات العبد المحكوم بعتقه على الشاهدين وترك ما لا وجب أن يعان منه حتى يوارى فإن كان له وارث بغير الولاء من ذي فرض أو عصبة فله ميراثه وإن لم يكن له وارث ولا بالولاء فميراثه موقوف لوقوف ولائه حتى يتبين فيورث به.

فصل: وإن طلب الشاهدان المشتريان من تركته قدر ما ورثاه في ثمنه، قال المزني لهما لأنه لا يخلو قولهما بالعتق من صدق أو كذب.

فإن كان صدقاً فالثمن دين لهما على البائع الجاحد والتركة ماله وقد تعذر عليهما الوصول إلى الثمن من غيره فجاز أن يتوصلا منه إلى أخذه.

وإن كان قولهما كذباً فهو عبدهما وما تركه مال لهما فصارا مالكين لقدر الثمن منه يقيناً. فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وابن أبي هريرة والأكثرين من أصحاب الشافعي أن الأمر على ما ذكره المزني وأنه يحكم للمشتريين بقدر الثمن من تركته للتعليل الذي ذكره. وقد نص الشافعي رحمه الله على ذلك في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر وإنما قال الشافعي ههنا: كان ماله موقوفاً يعني في استحقاقه إرثاً.

والوجه الثاني: لا يستحق المشتريان من ثمنه شيئاً ونسب قائل هذا الوجه المزني إلى الخطأ في قوله تعليلاً بأن ما بذله المشتريان فدية تطوعاً بالتقرب إلى الله تعالى بها فلم يجز لهما بعد التطوع الرجوع بها وهذا التعليل من قائله خطأ مع وجود النص بخلافه لأن مشتري الأسير من المشرك متطوع بما بذل من ثمنه على وجه الفدية ثم له ارتجاعه إذا قدر عليه ولو غنم المال من يد المشرك لم يملكه الغانم منه لأنه مال لمسلم.

قال الشافعي رضي الله عنه: ولو أسلم المشرك والمال في يده كان عليه أن يرده ولباذله أن يأخذه فكذا ما بذله المشتريان وإن كان تطوعاً منهما يجوز لهما ارتجاعه مع التطوع به والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دَرَاهِمُ ثُمَّ قَالَ هِيَ نَقْصٌ أَوْ زَيْفٌ لَمْ يصدقْ».

قال الماوردي: اعلم أن الدرهم في حقيقته عبارة عن وزن وقدر وقد يعبر به عن المضروب غير أن الحكم فيه متعلق بالقدر منه ومقاديرها مختلفة في البلاد. فدراهم الإسلام أوسطها وهي التي وزن كل واحد منها ستة داونق وكل دانق منها ثمان حبات ووزن كل عشرة منها سبعة مثاقيل وهي أوسط الدراهم قدراً وهي الدراهم الهرقلية.

والدرهم الثاني وهو البغلي وهو أعلاها ووزنه ثمانية دوانق يزيد على درهم الإسلام ثلث وزنه، والدرهم الثالث وهو الطبري وهو أدناها ووزنه أربعة دوانق بنقص عن درهم الإسلام ثلث وزنه. وقد يكون بين ذلك دراهم بلاد تقارب في القدر وزن هذه كالدرهم الخوارزمي ووزنه ثلاثة أرباع الدرهم.

فإذا تقرر هذا وأقر الرجل بألف درهم ثم قال: هي من دراهم الإسلام فهو مقبول منه سواء قال ذلك متصلاً أو منفصلاً لأمرين:

أحدهما: أنها الأغلب من دراهم الناس.

والثاني: أنها المعهود عرفاً من مطلق دراهم الناس.

فإن قال: أردت الدراهم البغلية فمقبول لزيادتها على دراهم غالب الناس، وإن قال: من الدراهم الطبرية وهي طبرية الشام فإن قال ذلك متصلاً فهو مقبول كالاستثناء لأن نقص الوزن كنقص الاستثناء من الأعداد. وإن قال ذلك منفصلاً فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون من أهل ذلك البلد التي هي وزن دراهمهم. أو لا.

فإن لم يكن منهم وكان من غيرهم أو منهم ولكن في غير بلدهم لم يقبل ذلك منه كما لا يقبل منه الاستثناء المنفصل لأنهما نقصا عدداً وقدراً.

وإن كان من أهل ذلك البلد وفيه كأهل طبرية الشام إذا أقر الواحد منهم بألف درهم ثم قال منفصلاً: أردت الدرهم الطبري، أو كأهل خوارزم إذا قال المقر فيها بالدراهم: أردت الدرهم الخوارزمي، ففيه وجهان:

أحدهما: قاله أبو حامد المروروذي في جامعه من باب الإقرار بالحكم الظاهر أن ذلك مقبول منه كما يلزم ذلك في إطلاق البيع.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الاسفراييني: لا يقبل منه إلا دراهم الإسلام لأن عرف البلاد في الإقرار غير معتبر وإن كان معتبراً في البيع.

فصل: ولو قال بعد الإقرار بالألف: هي زيف فهذا نقص الجنس دون القدر فلا يخلو حال تلك الزيف أن يكون فيها فضة أم لا.

فإن لم تكن فيها فضة لم يقبل ذلك منه سواء قاله متصلاً أو منفصلاً لأن اسم الدراهم لا يتناولها فصار كالاستثناء الرافع لكل الجملة يكون مردوداً متصلاً أو منفصلاً. وإن كان فيها فضة فإن قال ذلك متصلاً قبل منه وإن قاله منفصلاً لم يقبل كالاستثناء لبعض الجملة إلا أن يكون في بلد تلك دراهمهم فيخرجه على الوجهين الماضيين والله أعلم.

فصل: ولو قال: له عليَّ درهم كبير، فعليه درهم من وزن دراهم الإسلام وزنه ستة دوانق إلا أن يريد البغلي الذي هو أزيد منه فيلزمه بإرادته. ولو قال: له عليَّ درهم صغير، وقال أردت الطبري الذي وزنه أربعة دوانق قبل منه لأنه أصغر الدراهم وزناً فكان إقراره لبيانه محتملاً وخالف حال الإطلاق. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَـالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَإِنْ قَالَ هِيَ مِنْ سِكَّـةِ كَذَا وَكَـذَا صَدَقَ مَـعَ يَمِينِهِ كَانَ أَدْنَى الدَّرَاهِمِ أَوْ أَوْسَطِهَا جَائِزَةً بِغَيْرِ ذَلِكَ البَلَدِ أَوْ غَيْرَ جَائِزَة كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ ثَوْبٌ أَعْطَاهُ أَيَّ ثَوْبٍ أَقَرَّ بِهِ وَإِنْ كَانَ لَا يَلْبَسُهُ أَهْلُ بَلَدِهِ (قـال المزني) رَحِمَـهُ اللَّهُ فِي قَوْلِـهِ إِذَا

قَالَ لَهُ عَلَى دُرَيْهِمٍ أَوْ دُرَيْهِمَاتٍ فَهِيَ وَازِنَةٌ قَضَاءٍ عَلَى قَوْلِهِ وَإِذَا قَالَ لَهُ عَلَيَّ دَرَاهِمُ فَهِيَ وَازِنَةٌ وَلاَ يُشْبِهُ الثَّوْبُ نَقْدَ البَلَدِ كَمَا لَوِ اشْتَرَى بِدِرْهَمٍ سِلْعَةً جَازَ لِمَعْرِفَتِهِمَا بِنَقْدِ البَلَدِ وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِثَوْبٍ لَمْ يَجُزْ لِجَهْلِهِمَا بِالثَّوْبِ».

قال الماوردي: اعلم أن المقر بالدراهم يرجع إلى بيانه في صفتها وسكتها فإن قال: هي من دراهم البصرة أو سكة بغداد قبل منه سواء كان ما ذكره من غالب نقد البلد أو من غيره أعلى أو أدنى متصلاً أو منفصلاً.

وقال المزني: يلزمه في إطلاق إقراره من غالب نقد البلد دون غيره فإن بين من غير نقد البلد لم أقبل منه إلا أن يكون أعلى استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه لما كان مطلق الدراهم وزناً يوجب حملها على دراهم الإسلام ولا يرجع إلى بيانه فيها وجب أن يكون مطلق الدراهم جنساً يوجب حملها على العرف من غالب نقد البلد ولا يرجع إلى بيانه فيه.

والثاني: أنه لما كان مطلق ذكرها في البيع يوجب حملها على دراهم البلد وجب أن يكون مطلق ذكرها في الإقرار يوجب حملها على دراهم البلد. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان الإقرار بالمطلق من الثياب وغيرها يقتضي الرجوع إلى بيانه ولا يحمل على ثياب بلده وجب أن يكون الإقرار بالمطلق من الدراهم يقتضي الرجوع إلى بيانه ولا يحمل على دراهم بلده وليس إذا لم يجز إطلاق الثياب في البيع وجاز إطلاق الدراهم فيه أن يقع الفرق بينهما في الإقرار.

والثاني: أن الإقرار هو إخبار بمستحق في الذمة وقد يصح أن يستحق في الذمة من غير نقد البلد بقرض أو غصب أو تسمية في عقد فصح أن يقبل منه في بيان إقراره وخالف البيع الذي استشهد به المزني من حيث أن البيع ابتداء حتى يوجب إطلاقه العرف المقصود فيه.

فأما استدلاله بالوزن من دراهم الإسلام فلان غيرها يوجب نقصاً في القدر فلم يقبل في الانفصال كالاستثناء وهذا لا يوجب نقصاً في القدر فصح وقبل كالصحاح والمكسرة والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فِي دِينَارٍ فَإِنْ أَرَادَ دِرْهَماً وَدِينَاراً وَإِلاَّ فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال: له عليَّ درهم في دينار فإن أراد درهماً وديناراً وجبا عليه بالإقرار وإن أطلق ولم يرد فليس عليه إلا درهم لأنه جعل الدينار ظرفاً والظرف لا

يدخل في الإقرار كما لو قال: ثوب في سفط، وهكذا لو قال: له عليَّ دينار في درهم فإن أرادهما لزماه وإن لم يردهما لزمه الدينار المتصل بلفظ الإقرار ولم يلزمه الدرهم الذي جعله ظرفاً، فإن قيل فالدرهم لا يكون ظرفاً للدينار ولا الدينار ظرفاً للدرهم، قيل هو وإن لم يكن ظرفاً عياناً جاز أن يكون ظرفاً حكماً.

فصل: ولو قال: له عليَّ درهم في ثوب فعليه الدرهم دون الثوب لأن الثوب ظرف وإن قال: له عليَّ درهم في ثوب مروي اشتريته مؤجلاً فإن صدقه على ذلك كان إقراراً باطلاً لأنه يصير درهماً من سلم افترقا عليه قبل القبض وكان باطلاً.

وإن كذبه ففي بطلانه قولان من تبعيض الإقرار لأنه قد وصل إقراره بعد إبطاله كمن قال ضمنت ألفاً على أنني بالخيار، ولو قال: له عليَّ ثوب مروي بخمسة دراهم إلى أجل فإن صدقه على الإقرار فله عليه الثوب دون الخمسة، وإن كذبه فله عليه الخمسة دون الثوب وعلة ذلك أن تقدير كلامه أنه أعطاني خمسة دراهم سلماً في ثوب مروي مؤجل فإن صدقه عليه فهو اعتراف بعقد سلم يستحق فيه الثوب المسلم فيه دون الثمن وإن كذبه صار منكراً للعقد فاستحق الثمن والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ فَهُمَا دِرْهَمَانِ».

قال الماوردي: لأنه عطف على الأول بواو النسق فاقتضى أن يستويا في الحكم كما لو قال: رأيت زيداً وعمراً، وهذا يستوي فيه الإقرار والطلاق في قوله: أنت طالق وطالق في لزوم طلقتين ويخالفه في الطلقة الثالثة في أنها على قولين:

أحدهما: يطلق ثلاثاً.
والثاني: يطلق اثنتين إلا أن يريد بالثالثة استئنافاً.

ولو قال في الإقرار: له عليَّ درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة دراهم وكان أبو علي بن خيران يخرج الدرهم الثالث على قولين كالطلاق ويسوي بينهما في الحكم.

وهذا خطأ من قائله لأن لفظ الطلاق مؤكد في العادة فجاز أن يحمل الثالث من لفظه على التأكيد، والإقرار غير مؤكد في العادة فحمل الثالث من لفظه على الاستئناف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فَدِرْهَمٌ قِيلَ إِنْ أَرَدْتَ فَدِرْهَمٌ لَازِمٌ فَهُوَ دِرْهَمٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا قال: له عليَّ درهم فدرهم، لم يلزمه إلا درهم واحد إلا أن يريد درهمين. ولو قال: أنت طالق فطالق لزمه طلقتان.

وقال أبو علي بن خيران: يلزمه في الأولى درهمان كما يلزمه في الطلاق طلقتان وقد أشار الشافعي رضي الله عنه إلى مثل ذلك في الإقرار بالحكم الظاهر.

وهذا بين ظاهر، والفرق بين الإقرار والطلاق أن الدرهم في الإقرار قد يحتمل أن يوصف بالجودة والرداءة، فاحتمل أن يريد: فدرهم أجود منه أو أردأ، والطلاق لا يوصف بذلك فزال الاحتمال عنه. فإن قيل فقد يوصف الطلاق. بمثل ذلك لأنه طلاق سنة وطلاق بدعة قيل: ليس هذا صفة للطلاق وإنما هو حال يرجع إلى صفات المطلقة والمطلق لأن حكم الطلاق في الأحوال على السواء. فإن قيل الفاء من حروف العطف والنسق كالواو فاقتضى أن يستويا في حكم الإقرار، قيل: الفاء قد تصلح للعطف والصفة فلما احتمل الأمرين لم يلزمه إلا اليقين وخالفت الواو التي لا تصلح إلا للعطف دون الصفة ولو قال له علي درهم ثم درهم لزمه درهم لأن ثم موضوعة لعطف التراخي والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ دِرْهَمٌ تَحْتَ دِرْهَمٍ أَوْ دِرْهَمٌ فَوْقَ دِرْهَمٍ فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ لِجَوَازِ أَنْ يَقُولَ فَوْقَ دِرْهَمٍ فِي الجَوْدَةِ أَوْ تَحْتِهِ فِي الرَّدَاءَةِ».

قال الماوردي: وجملته أنه متى قال: له عليَّ درهم تحت درهم، أو درهم فوق درهم، أو درهم تحته درهم، أو درهم فوقه درهم فإن أراد في هذه المسائل الأربع درهمين فهما عليه وإن لم يردهما فالذي نقله المزني عن الشافعي ههنا في جامعه الكبير واختاره الربيع: ليس عليه إلا درهم واحد، لما ذكره من التعليل، وفيه قول ثان قاله الشافعي في كتاب الإقرار والمواهب من الأم عليه درهمان لأنه الأظهر من حال الكلام، والقول الأول أشهر وأظهر والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ دِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمٍ أَوْ دِرْهَمٌ مَعَهُ دِينَارٌ لأَنَّهُ قَدْ يَقُولُ مَعَ دِينَارٍ لِي».

قال الماوردي: وهو كما قال: إذا قال: لفلان عليَّ درهم مع درهم أو درهم معه درهم أو مع دينار أو معه دينار، فليس عليه في هذه المسائل كلها إلا درهم واحد ما لم يرد الزيادة عليه لأنه يحتمل أن يريد: مع دينار لي، ولا يلزم في الإقرار إلا اليقين ويجيء فيه قول ثان أن عليه درهمين.

فصل: فلو قال: لزيد عليَّ درهم مع عمرو، فالظاهر من إقراره أنه مقر لزيد بدرهم هو مع عمرو واليقين أنه مقر بدرهم لزيد وعمرو فيرجع إلى بيانه فإن بين الأظهر من حالتي إقراره قبلنا وأن بين اليقين منه وأن الدرهم لهما قبلناه. ومثله في الطلاق أن يقول: يا هند أنت طالق

مع زينب، فتطلق هند دون زينب إلا أن يريدها وهكذا لو قال: أنت زانية مع زينب كان قاذفاً للأولى دون الثانية والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ قَبْلَهُ دِرْهَمٌ أَوْ بَعْدَهُ فَعَلَيْهِ دِرْهَمَانِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال: عليَّ درهم قبله درهم، أو بعده درهم أو قبل درهم أو بعد درهم، فعليه في هذه المسائل الأربع درهمان، لأن قبل وبعد يقتضي التقديم والتأخير في المحل دون الصفة ومحل الدرهم الأول هو الذمة وهو لا يملك في ذمة نفسه شيئاً فدل على أن الثاني الذي ذكره ثابت في الذمة لمن أقر له وعلل أبو علي بن أبي هريرة بأن قبل وبعد راجع إلى الزمان فلزمه درهمان والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ قَفِيزِ حِنْطَةَ مَعَهُ دِينَارٌ كَانَ عَلَيْهِ قَفِيزٌ لأَنَّهُ قَدْ يَقُولُ مَعَ دِينَارٍ لِي وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ قَفِيزٌ لاَ بَلْ قَفِيزَانِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ إِلاَّ قَفِيزَانِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذ قال: له عليَّ قفيز حنطة لا بل قفيزان لم يكن عليه إلا قفيزان وقال أبو حنيفة يلزمه في الاستحسان قفيزان وفي القياس ثلاثة أقفزة ووافقنا استحساناً وخالفنا قياساً:

استدلالاً بأنه راجع بذلك عن القفيز الأول مثبت بعده لقفيزين آخرين فلزم الجميع ولم يقبل منه الرجوع.

وهذا خطأ في القياس شرعاً، وفي مقتضى اللسان لغة من وجوه ثلاثة:

أحدها: أن اللفظ المتصل بالإقرار أكثر امتزاجاً من اللفظ المنفصل عنه ثم ثبت أنه لو قال: له عليَّ قفيز ثم أمسك، ثم قال له بعد انفصال كلامه: عليَّ قفيزان لم يكن عليه إلا قفيزان لا غير، فإذا قال متصلاً به: علي قفيز لا بل قفيزان، فأولى أن لا يلزمه إلا قفيزان لا غير.

والثاني: أنه لو كان قوله لا بل قفيزان يوجب ضمهما إلى القفيز الأول قياساً لوجب إذا قال: له على قفيز لا بل أكثر من قفيز وقد أجمعوا قياساً أنه لا يلزمه إلا قفيز وشيء فكذلك في قوله لا بل قفيزان.

والثالث: أن قوله لا بل قفيزان، ليس بنفي للقفيز الأول وإنما هو استدراك زيادة عليه لأمرين:

أحدهما: أن المثبت الباقي لا يجوز أن يدخل فيه المنفي والقفيز داخل في القفيزين فلم يجز أن يكون إثبات القفيزين نفياً للقفيز.

والثاني: أن مفهوم اللسان في اللغة من قول من قال: رأيت رجلاً لا بل رجلين، أنه مخبر عن رؤية رجلين بكلامه كله غير راجع بآخره عن أوله.

وفي هذين دليل على أنه استدراك لا نفي فصح ما قلناه لغة وقياساً.

فصل: فأما إذا خالف بين جنسين فقال: له عليَّ دينار لا بل قفيز حنطة فعليه الأمران دينار وقفيز لأنه لما لم يدخل الأول في الثاني لاختلاف الجنسين صار رجوعاً ولم يكن استدراكاً، والمقر إذا رجع عن إقراره بغيره لم يقبل منه رجوعه عن الأول ولزمه اعترافه بالثاني كمن طلق إحدى نسائه فأخذ بالبيان فقال: هي حفصة لا بل هي عمرة طلقتا جميعاً.

فصل: ولو قال: له عليَّ درهم لا بل درهم ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يلزمه درهم واحد لدخول الأول في الثاني.

والوجه الثاني: يلزمه درهمان لأنه إذا لم يزد على الأول لم يكن استدراكاً وكان رجوعاً فلزماه معاً والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِينَارٌ لَا بَلْ قَفِيزُ حِنْطَةٍ كَانَ مُقِرًّا بِهِمَا ثَابِتاً عَلَى القَفِيزِ رَاجِعاً عَنِ الدِّينَارِ فَلَا يَقْبَلُ رُجُوعَهُ وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِينَارٌ فَقَفِيزُ حِنْطَةٍ لَزِمَهُ الدِّينَارُ وَلَمْ تَلْزَمْهُ الحِنْطَةُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا قال: له عليَّ دينار فقفيز حنطة لم يلزمه إلا دينار لما علل به الشافعي وأنه يحتمل أن يريد به قفيز حنطة خير منه، وهكذا لو قال: له عليَّ دينار فدرهم لم يلزمه إلا دينار لاحتماله أن يريد: فدرهم أقل منه، وقال أبو علي بن خيران عليه الأمران، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر وقد مضى الكلام عليه في الجنس كقوله: درهم فدرهم، فكذا في الجنسين.

فصل: وإذا قال: له عليَّ ما بين درهم وعشرة فعليه ثمانية دراهم لأنها عدد ما بين الواحد والعشرة وهذا مما لا يختلف فيه أصحابنا، فأما إذا قال: له عليَّ درهم إلى عشرة ففيه وجهان:

أحدهما: وبه قال زفر عليه ثمانية دراهم لأن الأول حد للابتداء والعاشر حد للانتهاء فلم يدخلا لخروج من المحدود.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حنيفة: عليه تسعة دراهم لأن العاشر حد خارج عن المحدود والأول مبتدأ به فدخل في المحدود إذ دخل. وقال محمد بن الحسن: يلزمه عشرة دراهم فيه لعاشر مع كونه حداً وهذا مذهب لم يقل به أحد من أصحابنا والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ يَوْمَ السَّبْتِ بِدِرْهَمٍ وَأَقَرَّ لَهُ يَوْمَ الأَحَدِ بِدِرْهَمٍ فَهُوَ دِرْهَمٌ».**

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أقر بدرهم دفعتين فهو إقرار بدرهم واحد ما لم يخالف بين صفتيهما أو سببيهما.

وقال أبو حنيفة: إذا أقر بذلك في مجلس حكم فهو إقرار بدرهمين إلا أن يكون مكتوباً في صك فلا يلزمه إلا درهم واحد وكذا لو أقر به في مجلس واحد استدلالاً بأن لفظ الإقرار والطلاق يشتركان في حكم اللزوم ثم ثبت أنه لو قال لها في يوم السبت: أنت طالق، وقال في يوم الأحد: أنت طالق، لزمه طلقتان، هذا إذا أقر في كل يوم منهما بدرهم لزمه درهمان ولأن إعادة الإقرار في غير المجلس أغلظ حكماً من تكرار اللفظ في المجلس فلما كان لو قال له عليَّ درهم ودرهم لزمه درهمان، فإذا أعاد الإقرار في وقتين كان أولى أن يلزمه درهمان.

ودليلنا مفهوم الخطاب لساناً ثم مقتضى الشرع حجاجاً، فأما مفهوم الخطاب في اللغة واللسان فهو أن الإقرار إخبار وتكرار الخبر لا يوجب تكرار المخبر ألا ترى أنه لو قال: رأيت زيداً، ثم قال ثانية: رأيت زيداً لم يقتض مفهوم كلامه تكرار رؤية لزيد فكذلك موجب إقراره.

وأما مقتضى الشرع حجاجاً فهو أن تكرار الإقرار في المجلس الواحد أوكد لزوماً من تكراره في مجلسين فلما لم يتضاعف الإقرار بتكراره في المجلس الواحد فأولى أن لا يتضاعف في المجلسين، وتحريره قياساً: أن كل ما لم يتكرر عليه في المجلس لم يتكرر عليه في المجلسين كالمكتوب في صك، ولأن الإقرار بالمجمل كقوله: له عليَّ شيء لا يوجب مضاعفة الإقرار بشيئين وإعادته المفسر عند الشهود لا يصير إقراراً بحقين فكذا المفسر عند الحاكم.

ويتحرر فيه قياسان:

أحدهما: أنه إقرار لا يتكرر بالمجمل فوجب أن لا يتكرر بالمفسر كالإقرار عند الشهود.

والثاني: أنه إقرار لا يتكرر عند الشهود فوجب أن لا يتكرر عند الحاكم كالإقرار بالمجمل.

وأما الجواب عن استشهاده بالطلاق فهو أن الطلاق إيقاع والإقرار إخبار فإذا أعاد لفظ طلاقه وقع به طلاق غير الأول، وإذا أعاد لفظ إقراره لم يكن خبراً غير الأول، ولو أقر بالطلاق لكان إقراره بالمال لا يتضاعف عليه حكمه ' ' لا يتضاعف عليه المال.

وأما قوله: عليَّ درهم ودرهم فالمعنى في لزوم الدرهمين أنه قد عطف على الأول مثله بواو العطف والنسق فلزماه، ولو حذف الواو لم يلزماه.

فصل: فأما إذا خالف بين الصفتين أو بين السببين لزمه الدرهمان، ومخالفته بين الصفتين أن يقول في أحد اليومين: له عليَّ درهم بصري، وفي اليوم الآخر: له عليَّ درهم بغدادي. ومخالفته بين السببين أن يقول في أحد اليومين: له عليَّ درهم من ثمن ثوب، وفي اليوم الآخر: له عليَّ درهم من ثمن عبد أو من قرض فيلزمه الدرهمان لأنهما صارا مختلفين فسقط احتمال التكرار فيهما والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَكَمَا قَالَ لأَنَّهُ وَصَلَ فَلَوْ سَكَتَ عَنْهُ ثُمَّ قَالَ مِنْ بَعْدِهِ هِيَ وَدِيعَةٌ وَقَدْ هَلَكَتْ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ لأَنَّهُ حِينَ أَقَرَّ ضَمِنَ ثُمَّ ادَّعَى الخُرُوجَ فَلَا يُصَدَّقُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وألفاظ الإقرار خمسة:

أحدها: أن يقول: له عليَّ.

والثاني: أن يقول: له عندي.

والثالث: أن يقول: له بيدي.

والرابع: أن يقول: له قبلي.

والخامس: أن يقول: له في ذمتي.

فأما قوله: في ذمتي، فكقوله: له في ذمتي ألف درهم فيقتضي الديون الثابتة في الذمم فإن ذكر أنها وديعة فإن ادعى هلاكها لم يقبل منه في سقوط الضمان عن ذمته لأن هلاك الوديعة من غير تعد لا يوجب تعلقها بالذمة، وإن كانت باقية بيده فهل يقبل منه أنها التي أقر بها في ذمته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يقبل منه إذا أنكره المقر لـه لأن الأعيان لا تثبت في الـذمة إلا بعـد التلف فامتنع أن تكون هذه الوديعة الباقية هي الثابتة في ذمته فلم يقبل منه ذلك.

والوجه الثاني: أن ذلك مقبول منه لأنـه قد يضمنهـا بالتعـدي فتصير ثـابتة في ذمتـه أن هلكت فيحمل على هذا الاحتمال.

فصل: وأما قوله: في يدي، فكقوله: له في يدي ألف درهم، فيقتضي الأعيان التي لم يستقر ثبوتها في الذمم، وقد يحتمل أن تكـون العين مضمونـة كالغصـوب ويحتمل أن تكـون أمانة كالودائع والقول فيها قول المقر، فإن ذكر أن الألف التي أقر بها في يده هي دين في ذمته قبل منه لأن ما في ذمته أغلظ ثبوتاً لكونه ديناً مضموناً مما بيده وقد تكون أمانـة ومضمونـة وقد يستهلك ما بيده فيصير في ذمته وإن قال هي وديعة فإن أحضرها قبل منـه، وإن ادعى هلاكهـا نظر فإن كان دعواه الهلاك منفصلاً عن حال الإخبار قبل منه لأن ما بيده من الـوديعة قـد يجوز أن يهلك عقيب إقراره، وإن وصل وقال له بيدي ألف درهم وديعة وقد هلكت ففي قبول ذلك وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه لاستحالة أن يكون بيده ما قد هلك.

والثاني: يقبل منه لاحتماله أن يريد أنه كان بيده.

فصل: وأما قوله: قِبَلي، فكقوله: لفلان قبلي ألف درهم، فلفظ محتمل يستعمـل فيما في الذمة من الديون ويستعمل فيما في اليد من الأعيان والاحتمال فيهما على سواء، فإذا بين أنه أراد أحد الأمرين صار بالإرادة مقتضى وكلامه فيكون على ما أوضحناه من حكمه.

فصل: وأما قوله: عليَّ، فكقـوله: لـه عليَّ ألف درهم، فيقتضي ما كـان مضمونـاً في الذمة من عين ودين، وخالف قوله: في ذمتي من وجه وهـو: أن ما في الـذمة يقتضي مـا ثبت فيهـا من دين ولا يقتضي مـا تعلق بهـا من ضمـان عين إلا على وجـه من المجـاز إذ اختلف أصحابنا في احتماله على ما مضى من الوجهين.

فصل: فأما قوله: عندي فكقوله: له عندي ألف درهم، فقد يستعمل فيما بيده من عين مضمونة أو أمانة، ويستعمل فيما في الذمة من دين مضمون وخالف قوله بيدي من وجه وهـو: أن ما بيده لا ينصرف إلى ما في ذمته وإنما يختص بالأعيان التي بيده.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فصورة مسألة الكتـاب أن يقول: عليَّ ألف درهم، ثم يـذكر أنها وديعة فإن أحضرها ولم يدع تلفها فقوله مقبول فيها، وقد مضى خلاف أبي حنيفة والكلام معه وإن ادعى تلفها فعلى ضربين:

أحدهما: أن يدعي ذلك منفصلاً عن إقراره فقوله في تلفها وسقوط غرمها غير مقبول سواء وصل إقراره بالوديعة فقال: له عليَّ ألف وديعة، أو لم يصل ولو كان قال: له عندي ألف درهم وديعة ثم ادعى تلفها من بعد قبل منه لما ذكرنا من الفرق بين قوله عليَّ وعندي.

والضرب الثاني: أن يدعي ذلك متصلاً بإقراره فيقول: له عليَّ ألف درهم وديعة وقد تلفت ففي قبول ذلك منه وسقوط الغرم عنه قولان: من تبعيض ـ الإقرار فيمن قال: ضمنت ألفاً على أنني بالخيار فيبطل أول كلامه بآخره من جهة المعنى دون اللفظ.

أحد القولين: يقبل لارتباط بعض الكلام ببعضه.

والقول الثاني: لا يقبل لأن إبطاله من جهة المعنى كإبطاله من جهة اللفظ والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ مِنْ مَالِي أَلْفُ دِرْهَمٍ سُئِلَ فَإِنْ قَالَ هِبَةً فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لأَنَّهُ أَضَافَهَا إِلَى نَفْسِهِ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَتَبَيَّنَ فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا أَنْ يُقِرَّ وَرَثَتُهُ وَلَوْ قَالَ لَهُ مِنْ دَارِي هَذِهِ نِصْفُهَا فَإِنْ قَالَ هِبَةً فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لأَنَّهُ أَضَافَهَا إِلَى نَفْسِهِ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَتَبَيَّنَ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا أَنْ يُقِرَّ وَرَثَتُهُ وَلَوْ قَالَ لَهُ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ نِصْفُهَا لَزِمَهُ مَا أَقَرَّ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال: له من مالي ألف درهم فظاهره أنها هبة لا تلزم إلا بالقبض لأنه أضاف المال إلى نفسه ولا يملك المال وهو ملك لغيره إلا أن يعمل إقراره بما يزول معه الاحتمال بأن يقول: له من مالي ألف درهم واجبة أو بحق فيكون إقرار بدين.

وهكذا لو قال: له من داري هذه نصفها كانت هبة إن ادعاها أو وارثه قبل منه ولم تلزم إلا بالقبض لما ذكرنا من التعليل في إضافتها إلى نفسه يمنع من استحقاق غيره لها. وهكذا لو قال: له من ميراثي عن أبي ألف درهم كانت هبة. فهذه المسائل الثلاث يستوي حكمها لاستواء تعليلها إلا أن يقول: بحق واجب فيصير إقراراً بملك في الأحوال كلها لانتفاء الاحتمال.

فصل: وأما إذا قال: له من هذا المال ألف درهم، كان هذا إقراراً لازماً لأنه مقر باستحقاق ما لم يضفه إلى ملكه. وهكذا لو قال: من هذه الدار نصفها كان إقراراً بحق لما ذكرنا من التعليل. وهكذا لو قال: له من ميراث أبي ألف درهم كان إقراراً بدين لما ذكرنا من التعليل.

فهذه ثلاث مسائل يستوي حكمها لاستواء تعليلها.

فصل: ولو قال: له في مالي ألف درهم، قال الشافعي في الأم: كان إقراراً بدين وخالف في الجواب بين قوله: من مالي، فجعله هبة وبين قوله: في مالي، فجعله إقراراً وهو قول أبي حنيفة.

والفرق بينهما هو أنه بقوله: في مالي، جعل ماله ظرفاً للألف التي أقر بها فلم يمنع إضافة المال إلى نفسه من ثبوت الألف فيه لغيره وإذا قال: من مالي لم يصر المال ظرفاً وكانت الألف جزءاً من المال فيمنع إضافة المال إلى نفسه أن يكون شيء منه مملوكاً لغيره. وأما إذا قال: له في داري هذه نصفها فهو هبة وليس بإقرار، ويستوي قوله في داري، ومن داري، ويخالف قوله: في مالي، والفرق بينهما أن استحقاق ألف من المال لا يمنع أن يسمى الباقي مالاً واستحقاق نصف الدار يمنع أن يسمى الباقي داراً.

ولو قال في ميراثي عن أبي ألف درهم، كان كقوله: من ميراثي عن أبي وخالف قوله: في مالي، والفرق بينهما أن ما ورثه عن أبيه لا حق لأحد فيه وقد يتعلق بماله حق لغيره.

فصل: وإذا كانت الدار بين رجلين فأقر أحدهما بنصفها لرجل وكذبه الشريك وقال أبو حنيفة كان للمقر له بالنصف ثلث الدار وللمقر السدس تكملة النصف والنصف الباقي للشريك المكذب، وعلة ذلك من قوله: أن المقر بالنصف يقول: لي ولشريكي النصف والنصف الباقي لك أيها المقر له.

فيكون ذلك مثلاً مالي ـ فإذا تفرد الشريك بتكذيبه بالنصف ـ صار النصف الباقي بيننا أثلاثاً لي منه سهم واحد ولك منه سهمان مثلاً مالي.

وحكى أبو العباس ابن الرجاء البصري عن الشافعي في هذه المسألة أن مذهبه سؤال المقر له بالنصف: أله في الدار باقي ملك أم لا؟

فإن قال: لا شيء لي في الدار صح إقراره فيها بالنصف وكان النصف الآخر للشريك.

وإن قال: لي نصفها لزمه الإقرار بربعها، وكان الربع الآخر له، والنصف للشريك لأن المقر أقر في حقه وحق شريكه فقبل إقراره على نفسه ورد على شريكه، وهذا وجه. ولو قيل يلزم إقراره في النصف كله كان له وجه محتمل.

فصل: وإذا كانت الدار مشاعة بين رجلين فأقر أحدهما ببيت منه لرجل فكذبه الشريك يكون إقراره مردوداً ما لم يقتسما، فإذا اقتسما وصار البيت للمقر له لزمه بالإقرار المتقدم تسليمه إلى المقر له، ولو صار البيت للشريك ضرب للمقر له مع المقر بقيمة البيت فيما صار له بالقسمة.

وعلى ما حكاه ابن رجاء عن الشافعي يكون للمقر له ربع البيت مشاعاً وعلى ما ذكرنا من احتمال التخريج يكون له نصف البيت مشاعاً لا يجوز أن يختصا دونه بقسمته. فإن اقتسماه وصار البيت في حصة المقر لزمه تسليم جميعه إلى المقر له، وإن صار للشريك لزم المقر أن يغرم للمقر له قيمة ما بقي من البيت بعد ما صار له بالإقرار من ربع أو نصف. وإنما لزم غرم القيمة لأنه قد صار معاوضاً عليه بالقسمة.

فصل: ولو قال هذه الدار لزيد إلا بناءها صح وكان إقراراً بالأرض دون البناء وقال: أبو حنيفة يلزمه الإقرار بجميع الدار ولا يصح استثناء البناء لأن الدار لا تسمى داراً بغير بناء.

وهذا خطأ لأنه لو قال: هذه الدار لزيد إلا نصفها، صح الإقرار بنصفها ولو كان النصف بانفراده لا يسمى داراً لأن الاستثناء بغير حكم الجملة عن إطلاقها فلم يجز أن تجمع والله تعالى أعلم.

فصل: فإذا أقر بحائط لم يدخل أرض الحائط في إقراره. وقال أبو حنيفة: يدخل الأرض في إقراره بالحائط إلا أن يقر بنصفه فلا يدخل في إقراره.

وكفى بمناقضة قوله كسراً لمذهبه وقد وافق أنه لو أقر به بنخلة لم يدخل قرارها في الإقرار كما لو أقر له بنصفها فهلا استوى في الحائط حكم الإقرار بنصفه وجميعه كما استوى في النخلة وليس بينهما فرق يصح أن يختلف له الحكم.

فصل: ولو قال: هذه الدار لزيد وهذا البيت منها لي، صح وجرى مجرى قوله إلا هذا البيت.

وقال أبو حنيفة: لا يصح لأنه استثناء ورجوع في البيت بعد الإقرار به.

وهذا ليس بصحيح لأن ألفاظ الاستثناء مختلفة فكان استثناء ولم يكن رجوعاً وهكذا لو قال: هذا الخاتم لزيد وفصه لي صح، ويجيء على قول أبي حنيفة ألا يصح لأن اسم الخاتم لا ينطلق عليه إلا بفصه.

فصل: وإذا قال: هذه الثمرة لزيد من نخلتي هذه، وهذا العبد له من هذه الأمة وهذا البيض له من هذه الدجاجة كان إقراراً بما أسمى من الثمرة والولد والبيض دون أصله الذي ذكره من النخلة والأمة والدجاجة وليس ملك النماء موجباً لتملك الأصل لجواز حدوثه بابتياع أو هبة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هَذِهِ الدَّارُ لَكَ هِبَةً عَارِيَةً أَوْ هِبَةً سُكْنَى كَانَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْهَا مَتَى شَاءَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قال: هذه الدار لزيد هبة عارية أو هبة سكنى، قبل منه وكان إقراراً بإعارتها وإباحة سكناها ولم يكن إقراراً بملك رقبتها لأنه وصل إقراره بما اقتضاه فصار أول كلامه محمولاً عليه لأنه لو قال: هذه الدار لك لكان إقراراً بملكها فلما وصله بقوله: عارية أو هبة سكنى خرج أن يكون قوله لك إقراراً بملك.

فإن قيل: فهذا قد رفع أول كلامه بآخر، فهلا كان على قولين من قوليه فيمن قال: له عليَّ ألف قضيتها. قيل له: الفرق بينهما أنه في ادعاء القضاء رافع لكل ما تقدم فلم يقبل، وفي وصله ذلك بالعارية مثبت لحكم ما تقدم على صفة محتملة فيقبل والله أعلم.

فصل: ولو قال: هذه الدار لك هبة، لم يكن ذلك إقراراً بملك حتى يصل ذلك بالقبض لأن الهبة لا تلزم إلا به، وسواء كانت في يد المقر أو المقر له، ولو قال لك سكنى هذه الدار فهذا إقرار لازم بملك السكنى عن إجارة في الظاهر فإن ادعاها وطلب الأجرة لزم المقر له دفع الأجرة أن قبل الإقرار لأنه إذا ملك السكنى ملكت عليه الأجرة وإن رد الإقرار فلا أجرة عليه كما لا سكنى له والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ لِلمَيِّتِ بِحَقٍّ وَقَالَ هَذَا ابْنُهُ وَهَذِهِ امْرَأَتُهُ قُبِلَ مِنْهُ (قَالَ المُزَنِيُّ) هَذَا خِلَافُ قَوْلِهِ فِيمَا مَضَى مِنَ الإِقْرَارِ بِالوِكَالَةِ فِي الْمَالِ وَهَذَا عِنْدِي أَصَحُّ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن من أقر لميت بدين لزمه دفع الدين إلى وارثه ولو أقر بوكالة قبض ما عليه من دين لم يلزمه دفع الدين إلى وكيله وسوى المزني بينهما فأوجب عليه دفع المال إلى الوكيل كما أوجب المال إلى الورثة وقد ذكرنا من الفرق بينهما ما يمنع من تساوي حكمهما.

فإذا صح ما وصفناه وأقر لميت بدين وقال: هذا ابنه وهذه امرأته فلا يخلو حال الميت من أن يعرف له وارث غيرهما أو لا يعرف.

فإن لم يعرف له وارث غيرهما لزمه تسليم المال إليهما على فرائض الله تعالى الثمن إلى الزوجة والباقي إلى الابن فلو عاد بعد إقراره فقال: بل ابن الميت وزوجته هذان الأخيران، لزمه تسليم ذلك إلى الأولين، وهل يلزمه غرم ذلك للآخرين أم لا؟

ينظر فإن كان ديناً في ذمته لزمه غرمه قولاً واحداً، وإن كان عيناً فعلى قولين ممن قال: غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو.

فصـل: وإن عرف للميت وارث غير من ذكره المقر أمره الحاكم بدفعه إلى وارثه المعروف فإن اعترف الوارث المعروف بمن ذكره المقر اشتركوا في الإرث.

وإن لم يعترف تفرد بجميع الدين فإن دفع بأمر الحاكم لم يغرم للأول الذي أقر به شيئاً لأن أمر الحاكم بدفع جميعه إلى المعروف حكم منه بإبطال ميراث غيره، وإن دفع بغير أمر الحاكم غرم للأول الذي أقر به قدر حقه في الاشتراك لثبوت حق المعروف قولاً واحداً سواء كان عيناً أو ديناً لتقديم الإقرار له والله أعلم.

فصل: وإذا دفع ما أقر به من الدين إلى من أقر بهم من الورثة ثم قدم صاحب الدين حياً كان له أن يرجع على المقر بجميع الدين ثم يرجع المقر له على آخذه إن قدر عليه.

فصل: وإذا أقر لورثة فلان بمال، قال الشافعي رضي الله عنه: كان بينهم بالسوية. وهذا صحيح لأن ذلك صفة تعريف فلم يكن بينهم على الوارث. وإن قال: أردت الإرث وأنكره من قل سهمه كان القول فيه قول المقر لاحتماله والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَ جَارِيَتِي هَذِهِ فَأَوْلَدْتَهَا فَقَالَ بَلْ زَوَّجْتَنِيهَا وَهِيَ أَمَتُكَ فَوَلَدُهَا حُرٌّ وَالأَمَةُ أُمّ وَلَدٍ بِإِقْرَارِ السَّيِّدِ وَإِنَّمَا ظَلَمَهُ بِالثَّمَنِ وَيَحْلِفُ وَيَبْرَأُ فَإِنْ مَاتَ فَمِيرَاثُهُ لِوَلَدِهِ مِنَ الأَمَةِ وَوَلاَؤُهَا مَوْقُوفٌ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل وطأ أمة تسلمها من سيدها ثم اختلف السيد والواطىء، فقال السيد: بعتكها بألف في ذمتك فأنت واطىء في ملك، وقال الواطىء: بل زوجتنيها فأنا واطىء في نكاح، فيصير السيد مدعياً على الواطىء بشرائها والواطىء منكر ثم الواطىء مدع على السيد بتزويجها والسيد منكر. وإذا كان كذلك لم يخل حال الواطىء من أن يكون قد أولدها بوطئه أم لا.

فإن لم يكن قد أولدها حلف الواطىء للسيد بالله أنه ما اشترى وحلف السيد للواطىء بالله أنه ما زوج، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه فحينئذ لا يخلو حالهما في اليمين من أربعة أقسام:

أحدها: أن يحلفا فلا يلزم الواطىء الشراء، ليمينه ولا يلزم السيد التزويج ليمينه وللسيد بيعها لا يختلف لأنه لم يقرفيها بها يمنع من البيع وإنما أقر بها للواطىء بثمن يملكه عليه، فإذا لم يملك على الواطىء الثمن الذي ادعاه لم يملك الواطىء عليه الأمة التي أقر بها له وتحرم على الواطىء إصابتها بعد إيمانهما وجهاً واحداً. وهل يحرم ذلك على السيد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا تحرم عليه لبقائها على ملكه.

والثاني: تحرم عليه إذا كان على يقين مما ادعاه لأنه يعتقد أنها على ملك الواطىء وإنما ظلمه بمنع الثمن فجعل له بيعها ليتوصل به إلى ثمنها.

وعلى هذين الوجهين لو فضل من ثمنها بعد بيعها زيادة على القدر الذي ادعاه من ثمنها فهل يسوغ له تملكه أم لا؟ على الوجهين: والله أعلم.

فصل: ثم ليس للسيد مطالبة الواطىء بثمن ولا مهر لأن الثمن قد يتوصل إليه بالبيع والمهر لا يدعيه، لأنه مقر بوطئه في ملك لا يوجب عليه المال فهذا الحكم إن حلفا.

والقسم الثاني: أن ينكلا فهو نكول عن يمين نفي وإنكار وترد عليهما يمين الدعوى في الإثبات فيحلف السيد بالله لقد باعه الأمة بالألف الثمن لأن الواطىء ناكل عن يمين إنكاره للشراء والثمن.

ويحلف الواطىء بالله لقد زوجه السيد لأن السيد ناكل عن يمين إنكاره بالتزويج. فإن نكلا عنها أيضاً لم يحكم لواحد منهما بشيء مما ادعاه من تزويج ولا شراء وحرمت على الواطىء بنكوله عما ادعاه من النكاح وفي تحريمها على السيد وجهان. وإن حلف السيد ونكل الواطىء حكم السيد على الواطىء بالشراء وقضي له بالثمن الذي ادعاه وحرمت على السيد وفي تحريمها على الواطىء وجهان. وإن حلف الواطىء ونكل السيد حكم له بالتزويج وبطل عنه دعوى الشراء وهي حرام على السيد حلال للواطىء وجهاً واحداً. وإن حلفا معاً قضي بيمين السيد في الشراء ولزوم الثمن على يمين الواطىء في ادعاء التزويج لأن تزويجه لها لا يمنع جواز ابتياعها وهي حرام على السيد حلال للواطىء.

والقسم الثالث: أن يحلف السيد وينكل الواطىء فهذه اليمين من السيد إنما هي لنفي ما ادعاه الواطىء من التزويج وقد نكل الواطىء عن يمين إنكاره لما ادعاه السيد من الشراء ويرد على السيد اليمين ليحلف ثانية على إثبات ما ادعاه من الشراء فتكون يمينه الأولى لنفي التزويج والثانية لإثبات الشراء ولزوم الثمن فتحرم على السيد وفي تحريمها على الواطىء وجهان، فإن نكل عنها فلا ثمن له والجارية في يده محرمة عليه وعلى الواطىء جميعاً.

والقسم الرابع: أن يحلف الواطىء وينكل السيد فهذه اليمين من الواطىء إنما هي لنفي ما ادعاه السيد من الشراء وقد نكل السيد عن يمين إنكاره لما ادعاه الواطىء من التزويج فترد على الواطىء اليمين ليحلف بها ثانية على إثبات ما ادعاه من التزويج فتكون يمينه الأولى لنفي الشراء والثانية لإثبات التزويج فإذا حلف حكم بها زوجة له وإن نكل عنها

فليست له بزوجة وهي محرمة عليه وللسيد في الحالين بيعها لبقاء ملكه بإنكار الشراء. فهذا حكمها إن لم يكن الواطىء قد أحبلها.

فصل: فأما إذا كان الواطىء قد أحبلها وأولدها فهي مسألة الكتاب ودعوى كل واحد منهما تتضمن أحكاماً: فدعوى السيد الشراء تتضمن استحقاق الثمن وإن الأمة أم ولد وأن الأولاد أحرار لأنه يجعل الواطىء مالكاً ودعوى الواطىء الزوجية تتضمن إقراراً بالمهر وثبوتاً للزوجية وأن الأمة وأولاده منها مرقوقون للسيد فيلزم كل واحد منهما ما ضره من دعواه ولا يقبل منها ما ينفعه لأنه متهوم فيما نفعه فصار مدعياً له وغير متهوم فيما ضره فصار مقراً به والذي يضر السيد من دعواه حرية الأولاد وكون الأمة أم ولد والذي ينفعه استحقاق الثمن فلم يقبل قوله في ادعاء الثمن ولزمه عتق الأولاد وكون الأمة أم ولد، ومثاله من الأصول التي تشهد له أن يدعي بيع عبده بألف على رجل قد أعتقه ومنعه من ثمنه فينكر المدعى عليه الشراء والعتق فيصير العبد حراً على السيد بإقراره وإن لم يقبل قوله في استحقاق ثمنه. وكمن ادعى على زوجته أن خالعها بألف عليها فأنكرت لزمه الطلاق ولم يقبل قوله في ادعاء المال.

والذي يضر الواطىء من دعواه الإقرار بالمهر لأن السيد لا يدعيه، والذي ينفعه ادعاء الزوجية وثبوت النكاح، وإذا كان كذلك فعلى الواطىء اليمين للسيد في إنكار ما ادعاه السيد من الشراء والثمن لأنه لو أقر له بذلك لزمه، وهل تجب على السيد اليمين للواطىء في إنكار ما ادعاه الواطىء من الزوجية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يمين عليه لأن في تصحيح الزوجية إزالة الضرر عنه في إيقاع الحرية فعلى هذا لو رجع عن ما ادعاه من الشراء وصدق الواطىء على الزوجية لم يقبل قوله في الرجوع عن الشراء ولا في التصديق على الزوجية، وعلى هذا لو كان على إنكاره لم ترد اليمين على الواطىء في إثبات الزوجية.

والوجه الثاني: وهو أصح أن اليمين عليه واجبة لإنكاره ما لا يجعل ثبوته رافعاً لضرره فعلى هذا لو رجع عن ما ادعاه من الشراء وصدق الواطىء على الزوجية لم يقبل قوله في الرجوع عن الشراء وقبل في التصديق على الزوجية وكانت في الحكم أم ولد وأولادها أحرار، وعلى هذا لو كان على إنكاره ونكل عن اليمين ردت على الواطىء فإذا حلف حكم له بالزوجية.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا والتزما من الأيمان ما بينا توجه الكلام بعده في أربعة أحكام:

أحدها: لزوم المهر.

والثاني: جواز الوطء.

والثالث: وجوب النفقة.

والرابع: استحقاق الإرث.

فأما لزوم المهر فإن كان أكثر من الثمن الذي ادعاه السيد لم يحكم له بالزيادة على الثمن وإن كان مثله أو أقل ففي وجوبه عليه وجهان:

أحدهما: يجب على الواطىء أقل الأمرين من المهر أو الثمن لاعترافه للسيد به.

والوجه الثاني: وهو أصح، لا يحكم عليه بدفع شيء منه أما الثمن فلأنه لم يلزمه بيمينه وأما المهر فلأن السيد لا يدعيه.

فصل: وأما الوطء فهو محرم على السيد لإقراره بأنها أم ولد لغيره، هل يحل وطئها لمدعي الزوجية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يحل له وطئها لاتفاقهما على إباحته أما بالملك على قول السيد وإما بالزوجية على قول الواطىء فصار كمن قال لغيره: بعتك أمتي وقبضت عنها وقال: بل وهبتنيها فيجوز باتفاق أصحابنا أن يطأها وإن اختلفا في سبب ملكها لاتفاقهما على إباحته مع اختلاف سببه.

والوجه الثاني: وهو أصح أنه لا يحل له وطئها لأنهما بإنكار العقدين قد أبطلا أن يكون للواطىء أمة ولا زوجة فصار كمن قال لغيره: بعتك أمتي بألف لم أقبضها، وقال: بل وهبتنيها، فلا يجوز له باتفاق أصحابنا أن يطأها لأنهما وإن اتفقا على سبب الإباحة فهناك ثمن يستحق به المنع من الإباحة إلا بعد قبضه وخالف حال المقر بقبضه.

فصل: وأما النفقة فنفقتان: نفقة الأولاد. ونفقة الأم.

أما نفقة الأولاد فعلى الأب الواطىء لا يختلف لأنهم قد عتقوا بإقرار السيد والولد إذا أعتق وجبت نفقته على أبيه المناسب بدون مولاه المعتق. وأما نفقة الأم فإن جعلنا الواطىء مدعي الزوجية أن يطأ ويستمتع فالنفقة عليه دون السيد بدلاً من استمتاعه. وأن منع الواطىء من وطئها والاستمتاع بها سقطت نفقتها عنه لا يختلف. وأين تجب؟ على وجهين:

أحدهما: في كسبها إن كان لأن من لزمته النفقة ملك الكسب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن نفقتها على السيد ويكون كسبها موقوفاً لأنه متهم في إسقاط النفقة.

فصل: وأما الميراث فهو ثلاثة مواريث: ميراث الواطئ وميراث الأولاد وميراث الأم.

فأما ميراث الواطئ فلأولاده لكونهم أحراراً ولا شيء للأم فيه لأن أحسن أحوالها أن تكون أم ولد يتحرر عتقها بموته.

وأما ميراث الأولاد فلأبيهم إن كان حياً ولا شيء لأمهم فيه لأنها قبل موت الأب في حكم أم الولد، وإن كان موت الأولاد بعد موت الأب فللأم الثلث من تركتهم لأنها قد صارت حرة بموت أبيهم ثم الباقي بعده لعصبته إن كان له، وإن لم يكونوا فموقوف لأنه يستحق بالولاء الموقوف.

وأما ميراثها فإن كان موتها بعد عتقها بموت الواطئ فموروث لأولادها إن كانوا، وإن لم يكونوا فموقوف لأنه يستحق بالولاء الموقوف.

وإن كان موتها قبل عتقها بموت الواطئ فلا ميراث لأولادها لأن أم الولد لا تورث ويكون موقوفاً بين الواطئ والسيد لأنه مستحق بالملك لا بالإرث والملك موقوف فإن طلب السيد باقي ثمنها من الموقوف من مالها حين قضي له على الواطئ المهر الذي هو أقل أو طلب جميع الثمن حين لم يقض له على الواطئ بشيء فله ذلك، ويدفع إليه تعليلاً لما ذكرنا في الشاهدين إذا طلبا ثمن العبد الذي ابتاعاه بعدما شهدا بعتقه مما ترك بعد موته.

فصل: إذا ادعى رجل جارية في يد غيره فجحدها صاحب اليد ونكل عن اليمين فحلف المدعي واستحق الجارية وأولدها ولداً ثم قال: كذبت في دعواي ويميني لم يقبل قوله في رد الجارية على المحكوم عليه لأنها صارت أم ولد في الحكم والأولاد أحرار لكن يؤخذ منه قيمتها وقيمة أولادها لإقراره بملكها للمحكوم عليه لأنها صارت أم ولد في الحكم ولا يجوز أن يطأها إلا أن يشتريها منه لأنه يدفع القيمة لا يصير مالكاً لأنه يغرم قيمة مستهلك فإذا اشترى قبل دفع القيمة سقطت القيمة لأن المستحق عنها بدل واحد وأن اشتراها بعد دفع القيمة كانت القيمة قصاصاً من ثمنها وتراجعا الفصل وبالله التوفيق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَا أُقِرّ وَلَا أُنْكِر فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ حَلَفَ صَاحِبُهُ مَعَ نُكُولِهِ وَاسْتَحَقَّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال جواباً عن الدعوى: لا أقر ولا أنكر، فليس هذا جواباً بإقرار ولا إنكاراً وهو كالمسكوت منه عن الجواب فيقول له الحاكم: إن أجبت عن الدعوى بأحد الأمرين: إما بإقرار أو إنكار وإلا جعلناك ناكلاً وردت اليمين على خصمك. يقول له ذلك مرة واحدة وقال الشافعي: وإن كرره ثلاثاً فحسن.

وقال أبو حنيفة: لا يستقر بحكم النكول إلا بتكراره ثلاثاً.

ووهم بعض أصحابنا فقال به. والدليل على أن حكم النكول يستقر بالمرة الواحدة أنه لا يستفيد بتكراره ثلاثاً إلا ما علمه من حكم النكول بالأول ولأن النكول إما أن يكون معتبراً بالإقرار أو بالإنكار، وليس التكرار في واحد منهما معتبراً فلم يكن في النكول معتبراً.

فصل: فأما إذا قال: لا أنكر لم يكن مقراً لأنه يحتمل لا أنكر أن يكون مبطلاً ويحتمل لا أنكر أن يكون محقاً فلم يصر مع الاحتمال مقراً، ولو قال: لا أنكر أن يكون محقاً لم يصر مقراً لاحتمال أن يريد محقاً في دينه واعتقاده ولكن لو قال: لا أنكر أن يكون محقاً بهذه الدعوى كان مقراً لانتفاء الاحتمال، ولكن لو قال أقر لم يصر مقراً لأنه موعد. ولو قال أنا مقر ففيه وجهان:

أحدهما: هو قول أبي حامد الإسفراييني لا يكون مقراً لأنه يحتمل أن يريد أنا مقر ببطلان دعواك.

والوجه الثاني: وهو أصح أنه يكون مقراً لأنه إذا كان جواباً عن الدعوى انصرف الإقرار إليها وكان أبلغ جواباً من نعم.

فصل: فأما إن أجاب عن الدعوى بان قال بلى أو نعم أو أجل أو صدقت أو أي لعمري كان مقراً بجميع ذلك لأنها في محل الجواب لتصديق، وإن كانت مختلفة المعاني وإن قال لعل وعسى ويوشك لم يكن مقراً لأنها ألفاظ للشك والترجي وهكذا لو قال: أظن وأقدر وأحسب وأتوهم فليس بإقرار لما تضمنتها من الشك ولو قال له عليَّ ألف في علمي كان إقراراً لأنه إنما يقر بها في علمه وقال أبو حنيفة لا يكون إقراراً لتشكيكه وهكذا لو قال الشاهد: أشهد أن لفلان على فلان ألفاً في علمي صحت الشهادة عندنا وعند أبي يوسف وبطلت عند أبي حنيفة.

فصل: وإذا قال الطالب أقضيني الألف التي لي عليك فقال نعم، أو أجل أو غداً أو أنظرني بها، كان إقراراً وإذا قال: أنظرني أو أرفق بي أو أنفذ رسولك إلي لم يكن إقراراً لاحتماله. ولو قال اشتر عبدي هذا أو قال أعطني عبدي هذا فقال نعم كان إقراراً به. ولو قال لا أفعل لم يكن إقراراً وقال أبو حنيفة يكون إقراراً وهذا خطأ لأن إنكار الجواب لا يكون إقراراً بالجواب.

فصل: وإذا قال جواباً عن ادعاء ألف عليه خذ أو اتزن لم يكن إقراراً لأنه يحتمل خذ الجواب مني واتزن حقاً إن كان لك على غيري، ولو قال خذها أو اتزنها فقد قال أبو عبد الله

الزبيري من أصحابنا يكون إقراراً وبه قال أهل العراق لأن هاء الكناية في الجواب ترجع إلى ما تقدم من الدعوى.

وقال جمهور أصحابنا: لا يكون إقراراً لأنه قد يزن ويعطي ما لا يجب عليه ولو أجاب عن الدعوى بأن قال: صحاح لم يكن إقراراً ولو قال: هي صحاح قال: أبو عبد الله الزبيري: يكون إقراراً لأنه إقرار بصفتها فصار إقراراً بها لأن الإقرار بالصفة إقرار بالموصوف وقال جمهور أصحابنا: لا يكون إقراراً لأنها صفة ترجع إلى المذكور من الدعوى ولا يجوز أن يكون صفة لإقرار لم يذكر.

فصل: وإذ قال: له عليَّ ألف إن شاء الله لم يكن مقراً لأن مشيئة الله رافعة لحكم ما نيط بها ولو قال: له علي ما في حسابي أو ما خرج بخطي أو ما أقر به زيد عني فليس في شيء من ذلك إقرار يلزم لأنه محيل بالإقرار على غيره وليس بمقر.

فلو قال: ما شهد به زيد عليَّ فهو لازم لي، ولم يصر مقراً بما شهد به فإن كملت بزيد بينة عدل حكم عليه بشهادته دون إقراره وقال مالك يلزمه جميع ما شهد به زيد وإن لم تصر بينة مسموعة لأنه ألزم ذلك نفسه وهذا خطأ لما ذكرنا من أنه إذا لم تكم بزيد بينة عدل فهي حوالة بالإقرار.

فصل: وإذا قال: لفلان عليَّ ألف إن شاء لم يكن مقراً لأنه علق الإقرار بصفة فصار كقوله إن قدم زيد أو مات عمرو ولو قال: له عليَّ ألف إن مت كان عند أبي حنيفة إقراراً مات أو عاش وليس ذلك عندنا بإقرار مات أو عاش لأنه لا يصح تعليق الإقرار بشرط.

فصل: ولو قال له عليَّ ألف أو لا فلا شيء عليه لأنه خبر عن شك وقال أبو حنيفة: عليه ألف لأنه راجع عنها بعد إثباتها والتعليل بالشك في نفي اللزوم أصح لأنه أليق بالكلام وأشبه بمفهوم الخطاب فلو قال: عليَّ ألف لزيد أو عمرو ففيه وجهان.

أحدها: أنه لا شيء عليه لواحد منهما لأنه شك في الإقرار له فصار كقوله له عليَّ ألف أو لا.

والوجه الثاني: أنه يكون مقراً لأحدهما بالألف وإن لم يعينه فيؤخذ بالبيان ولا يسقط الإقرار لأنه لما كان لو أقر بواحد من عبدين لم يبطل إقراره مع الجهل بتعيين المقر به كذا إذا أقر لواحد من رجلين لم يبطل إقراره مع الجهل بتعيين المقر له وخالف قوله: عليَّ ألف أو لا لكونه شاكاً في ثبوت الإقرار وسقوطه وهو في هذه المسألة متيقن للإقرار شاك في مستحقه فافترقا والله تعالى أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ وَهَبْتُ لَكَ هَـذِهِ الدَّار وَقَبَضْتَهَـا ثُمَّ قَالَ لَمْ تَكُنْ قَبَضْتَهَا فَأَحْلِفَ أحلفته لَقَدْ قَبَضَهَـا فَإِنْ نَكَـلَ رَدَدْتُ اليَمِينَ عَلَى صَاحِبِـهِ وَرَدَدْتُهَا إِلَيْـهِ لأَنَّهُ لَا تَتِمّ الهِبَةُ إِلاَّ بِالقَبْضِ عَنْ رِضَا الوَاهِبِ».

قال الماوردي: وهذا مما قد تقدم في الرهن استيفاؤه في الإقـرار بقبض الراهن. فـإذا أقر مالك الدار عند الحاكم بهبتها لرجل وأنه أقبضه إياها وصدقه المقر لـه على قبضها وهبتهـا ثم عاد الواهب فذكر أنه لم يقبضها وإن ما تقدم من إقراره سهو أو كذب فإن صدقه المـوهوب له فالدار الموهوبة على ملكه وهو مخير إن شاء أقبض وإن شاء منع فإن أكذبـه وادعى القبض بما تقدم من إقراره فالقول قول الموهوب له لأن الواهب مقر بالقبض راجـع فيه فيلزمـه إقراره ولم يقبل رجوعه فإن سأل الواهب إحلاف الموهوب له بالله لقد قبضها لم يخل حـال الواهب عند إقراره من أن يكون قد أقر بإقباضها بنفسه أو بوكيله.

فإن كانت الدار غائبة وأقر أن وكيله أقبض أجيب إلى ما سأل من إحـلاف الموهـوب له بالله لقد قبض لأنه قد يخبره الوكيل ثم يعلم كذبه أو يزور على الوكيل كتـاب منه بـالقبض ثم يعلم تزويره فإن حلف الموهوب له على القبض استقـر له الملك وإن نكـل ردت اليمين على الواهب فإذا حلف أنه لم يكن قبضها كانت الدار على ملكه.

وإن كانت الدار حاضرة فالظاهر أنه أقبضهـا بنفسه أو غـائبة فـأقر بـإقباضهـا بنفسه ففي إجابته إلى إحلاف الموهوب له على قبضها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه يجاب إلى إحلاف الموهوب له فإن نكل ردت اليمين على الـواهب والدار لـه لاحتمال مـا ادعاه أن يكـون سابق الإقـرار عن اتفاق أن يعقبه الإقباض وذلك مما قد يفعله الناس.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريـرة أنه لا يجـاب إلى إحـلاف الموهـوب له لأنـه قد كـذب هذه الـدعوى بسـابق إقراره فـردت وليس لتخريـج الاحتمال وجه إلا على كذب في إحدى الحالين فكان حمـل الإقرار على الصـدق والدعـوى على الكذب أولى الأمرين.

فصل: وإذا قال الواهب: قد وهبت له هذه الدار وخرجت إليه منها فإن كانت الدار عند هذا الإقرار في يد الموهوب له كان قوله وخرجت إليه منها محمولاً على الإقباض لأنه الظاهـر من معناه وقد رواه المزني نصاً في جامعه الكبير.

وإن كانت في يد المقر سئل عن المراد بقوله وخرجت إليه منها لاحتماله مع كون الدار في يده فما قال فيه من شيء يحتمل غير القبض قبل والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَ عَبْدَهُ مِنْ نَفْسِهِ بِأَلْفٍ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْعَبْدُ عُتِقَ وَالأَلْفُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَنْكَرَ فَهُوَ حُرٌّ وَالسَّيِّدُ مُدَّعٍ الأَلْفَ وَعَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِينُ».

قال الماوردي: اعلم أن هذه المسألة تشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: أن يقول السيد لعبده إن أعطيتني ألفاً فأنت حُرٌّ فهذا عتق بصفة وليس بمعاوضة لأن الألف التي يعطيها العبد في حال الرق هي ملك للسيد لأن العبد لا يملك فلا تصح معاوضة الإنسان بماله على ماله فلذلك كان عتقاً بصفة ولم تكن معاوضة وخالف قوله لزوجته إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق حيث جعلناه معاوضة لأن الزوجة تملك.

فلو ادعى السيد ذلك على عبده وأنكر العبد لم تكن دعوى لأنها لا تتضمن استحقاق مال وكان إقراراً منه بالعتق لا يراعي فيه تصديق العبد، ولو ادعى العبد ذلك على سيده كان مدعياً عتقاً ينكره السيد فيحلف له ويكون العبد على رقه.

والفصل الثاني أن يقول السيد لعبده: إن ضمنت لي ألفاً تؤديها إليّ فأنت حر فهذا غير معاوضة لأن الضمان فيه موجب لمال يؤديه بعد الحرية في وقت يصح ملكه فصار معاوضة على عتقه فغلب فيه حكم المعاوضة، وإن تضمن عتقاً بصفة لتعلقه بالضمان.

ولو ادعى السيد على عبده أنه أعتقه على ألف ضمنها وأنكر العبد حلف لسيده لأنه منكر وعتق العبد على السيد لأنه مقر بعتقه وصار كمن قال لرجل: بعتك عبدي بألف عليك فأعتقته، فأنكر فالقول قول المشتري في إنكار الألف وقد عتق العبد على السيد إقراره بالعتق ولو ادعى العبد ذلك على سيده وأنكر السيد حلف له وكان العبد على رقه.

والفصل الثالث: أن يبيع السيد عبده على نفسه بألف ويقبل العبد ذلك من سيده ابتياعاً فالذي نص عليه الشافعي في الأم ونقله المزني في جامعه ومختصره جواز ذلك وصحته قال الربيع وفيه قول آخر: أنه لا يصح، فاختلف أصحابنا في تخريجه فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة لا يحكيانه قولاً واحداً ولا يخرِّجانه مذهباً لتفرد الربيع بتخريجه لنفسه وكان أبو حامد المروروذي والاسفراييني يحكيانه ويخرّجانه وتبعهما متأخروا أصحابنا في جواز ذلك على قولين:

أحدهما: وهو المنصوص الأصح، جوازه لأنه أثبت من عقد الكتابة حكماً وأعجل منه تحريراً وعتقاً.

والقول الثاني: وهو تخريج الربيع أنه لا يجوز لأنه إن باعه نفسه بمال في يده فذاك لسيده، وإن باعه بدين في ذمته فلا يثبت للسيد مال في ذمة عبده فلم يكن للثمن محل ثبت فيه فعلى هذا القول يكون بيع السيد عبدهَ على نفسه باطلاً لا يستحق فيه ثمناً ولا يلتزم به ثمناً عتقاً، ولا يكون لاتفاقهما عليه ولا لاختلافهما فيه أثر.

فأما على القول الأول الصحيح فجوازه ويعتق العبد بملكه نفسه لأنه لا يستقر لأحد رق على نفسه.

فإن اختلفا وهي مسألة الكتاب فادعى السيد ذلك على عبده وأنكره العبد حلف لسيده وبرىء ظاهراً من ثمنه وعتق على سيده لإقراره بعتقه. فإن قيل إذا أقر بملك نفسه بيعاً على ثمن فهلا إذا فاته الثمن أن يرجع عليه بنفسه كما إذا أقر لرجل بابتياع عبده على ثمن أنكره رجع عليه بعبده قبل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الملك في البيع موقوف على إقرار المتعاقدين فلم يصح بإقرار أحدهما والعتق لا يقف على متعاقدين فلزم بإقرار المالك منهما.

والثاني: أن البيع قد يصح نقضه بعد تمامه لإعواز الثمن بفلس المشتري فكان إعوازه بالإنكار أحق بالفسخ والعتق لا يصح نقضه بعد وقوعه ولا الرجوع فيه بعد ثبوته ومثل مسألتنا في البيع أن يدعي البائع على المشتري عتقه بعد الشراء فينكره فيعتق على البائع بإقراره لأن العتق لا يقف على غيره والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِذِكْرِ حَقٍّ مِنْ بَيْعٍ ثُمَّ قَالَ لَمْ أَقْبِضْ المَبِيعَ أَحْلَفْتُهُ مَا قَبَضَ وَلاَ يَلْزَمُهُ الثَّمَنُ إلاَّ بِالْقَبْضِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وجملته أنه متى أقر له بألف مطلقة ثم ادعى من بعد أنها ثمن مبيع لم يقبضه لم يقبل منه إلا بتصديق المقر له. فأما إذا أضاف إقراره إلى ثمن مبيع فقال له: علي ألف من ثمن عبد ثم عاد بعد إقراره بذكر أنه لم يقبض العبد فالقول قوله مع يمينه بالله ما قبض العبد ولا يلزمه الألف. وقال أبو حنيفة إن عيَّن العبد الذي هي من ثمنه مثل أن يقول: من ثمن هذا العبد، كان قوله مقبولاً لأنه لم يقبضه وإن لم يعينه وقال: من ثمن عبد، لزمه الألف ولم يقبل قوله إنه لم يقبضه.

وقال أبو حنيفة ومحمد. هو مقر بالألف مدع أنها من ثمن عبد فإن صدقه المقر له أنها من ثمن عبد فالقول قول المقر إنه لم يقبض العبد، وإن كذبه المقر له أنها من ثمن عبد فالقول قول المقر له ولا يقبل قول المقر استدلالاً منهما بأن ما يعقب الإقرار من قول برفعه

مردود كدعواه القضاء واستثنائه الكل ودليلنا هو أن عقد المعاوضة يجمع ثمناً ومثمناً، فلما كان إقراره بالمثمن من عبد باعه غير لازم له إلا أن يقر بقبض ثمنه، كذلك إقراره بثمن عبد ابتاعه غير لازم له إلا أن يقر بقبض العبد الذي ابتاعه. وتحريره قياساً أنه أحد نوعي ما تضمنه من عوض فوجب أن يكون لزوم الإقرار به له موقوفاً على لزوم ما في مقابلته قياساً على البيع وخالف استثناء الكل لما فيه من رفع الإقرار وفي ادعائه القضاء متصلاً بالإقرار قولان:

أحدهما: يقبل ويستويان.

والثاني: لا يقبل ويفترقان من حيث أن الثمن قبل القبض غير لازم إداؤه فقبل فيه قوله والدين لازم فلم يقبل في القضاء قوله. فلو ادعى البائع تسليم العبد الذي باعه استوجب قبض ثمنه وأنكره المشتري لم يقبل قوله في التسليم قولاً واحداً بخلاف مدعي القضاء فيما أقر به على أحد القولين، والفرق بينهما أن مدعي القضاء لا يثبت بدعواه حق فجاز أن يقبل قوله ومدعي تسليم المبيع ويثبت في دعواه حقاً فلم يقبل قوله.

فصل: ولو قال: أقرضني فلان ألفاً، ثم قال: لم أقبضها، كان قوله عندنا مقبولاً ولا يلزمه الألف.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا يقبل قوله والألف لازمة له.

وهذا خطأ لما بيناه في الإقرار بثمن المبيع لأن القرض يلزم بالقبض فإذا لم يصرح به المقر في إقراره فليس بمقر بلزومه والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ عَلَى إِقْرَارِهِ بِأَلْفٍ وَآخَرُ بِأَلْفَيْنِ فَإِنْ زَعَمَ الَّذِي شَهِدَ بِالأَلْفِ أَنَّهُ شَكَّ فِي الأَلْفَيْنِ وَأَثْبَتَ أَلْفاً فَقَدْ ثَبَتَ لَهُ أَلْفٌ بِشَاهِدَيْنِ فَإِنْ أَرَادَ الأَلْفَ الأُخْرَى حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ وَكَانَتْ لَهُ وَلَوْ قَالَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ وَقَالَ الآخَرُ مِنْ ثَمَنِ ثِيَابٍ فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الأَلْفَيْنِ غَيْرُ الأَلْفِ فَلاَ يَأْخُذُ إِلاَّ بِيَمِينٍ مَعَ كُلِّ شَاهِدٍ مِنْهُمَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ادعى رجل على رجل فشهد له شاهد على الإقرار بألف وشهد آخر على إقراره بألفين فلا يخلو حال الشهادة من أحد أمرين: إما أن يختلف جهاتها. أو لا يختلف.

فإن اختلفت جهاتهما فشهد أحدهما بألف من ثمن عبد وشهد الآخر بألفين من ثمن دار فلم يجتمع الشاهدان على أحد الحقين لأن ثمن العبد غير ثمن الدار فاختلفا ويقال للمشهود له: احلف إن شئت مع كل واحد منهما، واستحق ما شهد به فإن حلف معهما حكم له بثلاثة

آلاف درهم من جهتين كل جهة منهما بشاهد ويمين، وإن حلف مع أحدهما دون الآخر حكم له بالحق الذي حلف مع شاهده دون الحق الذي نكل عن اليمين مع الشاهد به.

فصل: وإن اتفقت الجهتان فشهد كل واحد منهما بما شهد به الآخر من ثمن عبد أو كانت الشهادة مطلقة أو كانت إحداهما مطلقة والأخرى مقيدة صار الشاهدان متفقين على إثبات ألف وتفرد أحدهما بزيادة ألف فحكم للمدعي بألف بشاهدين وله ألف ثانية بشاهد إن حلف معه حكم له بها فيصير آخذاً لألف بشاهدين وألف بشاهد يمين.

وقال أبو حنيفة: هذا الاختلاف في الشهادة يمنع من اجتماعهما فيها على شيء فلا أحكم على المشهود عليه بشيء استدلالاً بأن اختلافهما في القدر وصيغة اللفظ يمنع من أن يكونا متفقين على قدر وصار كاختلافهما في جهة الحق.

ودليلنا هو أن الشهادة لا يجوز إسقاطها مع إمكان العمل بها على شروطها كالأخبار الواردة على شروطها لا يجوز تركها مع إمكان العمل بها ولا تكون شهادة أحدهما بحقين يمنع من قبول شهادة الآخر بأحد الحقين كما لو شهد أحدهما بألف درهم وشهد الآخر بألف درهم وعبد، أو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة ولأن التنافي في الشهادة يوجب مضاعفة الإقرار والموافقة توجب المداخلة في الإقرار. فلما كان إقراره بألف إذا أقر بعدها بألفين أوجب دخول الألف في الألفين دل على اتفاقهما وعدم تنافيهما. ولأن لفظ الألف على صيغته داخل في لفظ الألفين وانضم إليه علامة التثنية فكان أحق بالاستثناء من أن تنضم إليه أعداد زائدة وزيادة الأعداد عنده لا يقتضي التنافي كشهادة أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فزيادة التثنية أولى أن لا يقتضي التنافي ويبطل بهذا ما ادعاه من اختلافهما في صيغة اللفظ.

فأما ما ذكره من اختلافهما في القدر فالشاهد بألفين قد أثبت ألفاً وزاد ألفاً والآخر قد أثبت ألفاً فصار عليها متفقين وفي الأخرى غير متفقين ولا مختلفين فعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بألف حكم بمائة من جملتها بشاهدين ولا يكون اختلاف صيغة اللفظ منهما مانعاً من دخول الأقل في الأكثر واتفاقهما على الشهادة به وهكذا لو شهد أحدهما على إقراره بألف بالعربية وشهد الآخر على إقراره بعشرة آلاف بالفارسية كانا متفقين على الشهادة بألف منها وتفرد الآخر في شهادته بالزيادة عليها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من عدم التنافي في شهادتهما ودخول الألف التي شهد بها أحدهما في الألفين التي شهد بها الآخر عجل الحاكم للمشهود له الحكم بألف وتوقف على إحلافه في إثبات الألف الثانية حتى يسأل الشاهد بالألف: هل عنده علم منها؟ فإن قال: لا

علم لي بها، احلف المدعي مع شاهده الآخر وقضي لـه بالألف الثـانية، وإن قـال: قد كنت أعلم استحقاق المدعى عليه لها ولكن قبضها من المقر بها فشهدت بالألف الباقيـة ولـم أشهد بالألف المقبوضـة، قيل للمـدعي قد حصـل لك ألف بشـاهدين وألف ثـانية بشـاهد وعليـك بقبضهـا شاهـد، فإن لم يحلف مـع شاهـده لم يحكم على المشهود عليـه بهـا لأن البينـة لم تكمـل، وإن أجاب إلى اليمين مـع شاهـده فهل يجـوز للحاكم أن يحلفـه معه أم لا؟. على وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يحلفه لأن الشاهد بقبضها قد قـابل الشـاهد في إثبـاتها فتعـارضا فلم يجز إحلافه مع الشهادة وتعارضهما.

والوجه الثاني: يحلفه لأن يمينه مع شاهده لكمال بينة فجرت مجرى شاهد آخر.

ولا يجوز لحاكم أن يمنع شاهـداً ثانيـاً أن يشهد بهـا فكذا لا يمنـع المدعي أن يحلف عليها فعلى هذا إذا أحلفه الحاكم مـع شاهـده فقد تمت لـه البينة عليهـا بشاهـد ويمين فيقال للمشهود عليه قد لزمتك ألف ثانية بشاهد ويمين ولك أن تدفعها بشاهد فـإن حلفت معه تمت بينتك بشاهد ويمين فسقطت عنك وإن لم تحلف لزمتك لأن البينة بها عليك تـامة والبينـة لك بدفعها غير تامة.

فصل: فأما إذا كانت الدعوى منه ألفاً فشهد له أحد الشاهدين بألف وشهد الآخر بألفين فقد اختلف أصحابنا هل يكون باقتصاره في الدعوى على ألف مكذباً للشاهد له بألفين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكـون مكذبـاً للزيادة في الشهـادة على ما ادعى فعلى هـذا ترد شهـادته في جميع الألفين ويبقى معه الشاهد بالألف فيحلف معه ويستحقها.

والوجه الثاني: وهو أصح أنه لا يكون مكذباً له لجواز اقتصاره في الدعوى على بعض حقه ولجواز أن يقبض من حقه ما لم يعلم الشـاهد بقبضـه إلا أن يظهـر في الدعـوى تكذيب الشاهد مثل أن يدعي ثمن عبده ألفاً فيشهد بأن ثمنه ألفان فترد الشهادة لتكـذيبهما بـالدعـوى والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَلَوْ أَقَـرَّ أَنَّهُ تَكَفَّـلَ لَهُ بِمَـالٍ عَلَى أَنَّهُ بِـالخِيَارِ وَأَنْكَرَ المَكْفُولُ لَهُ الخِيَارَ فَمَنْ جَعَلَ الإِقْرَارَ وَاحِداً أَحْلَفَهُ عَلَى الخِيَارِ وَأَبْرَأَهُ لأَنَّهُ لاَ يَجُوزُ بِخِيَـارٍ وَمَنْ زَعَمَ أَنَّهُ يَبْعَضِ إِقْرَارِهِ أَلْزَمَهُ مَـا يَضُرُّهُ وَأَسْقَطَ مَـا ادَّعَى المُخْرِجُ بِـهِ (قال المـزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ الَّـذِي لَمْ يَخْتَلِفْ أَنَّ الإِقْرَارَ وَاحِـدٌ وَكَذَا قَـالَ فِي المُتَبَايِعَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَـا فِي الخِيَارِ أَنَّ

القَوْلَ قَوْلُ البَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ وَقَدْ قَالَ إِذَا أَقَرَّ بِشَيْءٍ فَوَصَفَهُ وَوَصَلَهُ قَبْلَ قَوْلِهِ وَلَمْ أَجْعَلْ قَوْلاً وَاحِداً إِلَّا حَكَمَا وَاحِداً وَمَنْ قَالَ أَجْعَلُهُ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ مُقِرًّا وَفِي الأَجَلِ مُدَّعِياً لَزِمَهُ إِذَا أَقَرَّ بِدِرْهَمٍ نَقْدِ البَلَدِ لَزِمَهُ فَإِنْ وَصَلَ إِقْرَارَهُ بِأَنْ يَقُولَ طبري جَعَلَهُ مُدَّعِياً لأَنَّهُ ادَّعَى نَقْصاً مِنْ وَزْنِ الدِّرْهَمِ وَمِنْ عَيْنِهِ وَلَزِمَهُ لَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِلَّا عَشْرَةً أَنْ يُلْزِمَهُ أَلْفاً وَلَهُ أَقَاوِيلُ كَذَا».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة أن الضمان بشرط الخيار باطل.

وقال أبو حنيفة: جائز لدخول الضامن فيه على شرطه.

والدلالة على فساده أنه عقد وثيقة فبطل باشتراط الخيار كالرهن، ولأن الضمان يقتضي اللزوم والإثبات والخيار ينافي اللزوم والإثبات، وإذا انضم إلى العقد ما ينافيه أبطله، ولأن الخيار موضوع لاستدراك الغبن وطلب الحظ في عقود المعاوضات ولذلك كان مقصوراً على الثلاث لاستدراك الغبن بها ومختصاً بالبيع دون النكاح لاختصاصه بالمغابنة وليس الضمان عقد معاوضة يستدرك بالخيار فيه المغابنة فوجب أن يبطل باشتراطه كالنكاح.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فادعى رجل على رجل ضمان مال ضمن تمام الدعوى أن يذكر قدر المال المضمون لأن ضمان المجهول عندنا باطل ولزومه على المضمون عنه لأن ضمان ما لا يلزم باطل فتصح الدعوى حينئذ بهذين الشرطين وليس تسمية المضمون عنه شرطاً في الدعوى على الصحيح من المذهب فإذا كملت الدعوى بأن قال: ضمن لي ألفاً ديناً على غريم. سئل المدعى عليه الضمان عنها، فإذا أنكر حلف وإن اعترف بالضمان على شرط الخيار ففيه ثلاثة مسائل:

إحداها: أن يقول قد ضمنت إلا بشرط الخيار أو يقول: إنما ضمنت بشرط الخيار، لأنه إذا ابتدأ بقوله إنما فمعلوم من صيغة كلامه أنه يريد أن يصل الضمان بغيره فتصير الصلة لتقدم إمارتها كالمتقدمة على إقراره فيكون قوله في ذلك مقبولاً ولا يلزمه بهذا القول ضمان لا يختلف فيه المذهب.

والمسألة الثانية: أن يقر بالضمان مطلقاً ثم يدعي بعد انفصال كلامه أن ضمانه كان بشرط الخيار فقد لزمه الضمان بالإقرار ولا يقبل منه دعوى الخيار وهذا أيضاً مما لم يختلف فيه المذهب كالاستثناء المتصل.

والمسألة الثالثة: أن يقر بالضمان موصولاً بالخيار فيقول: ضمنت له ألفاً على أني بالخيار، فإن صدقه المدعي على الخيار فالضمان باطل وإن كذبه على الخيار وادعى إطلاق الضمان ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: أن قوله في ادعاء الخيار مقبول وإقراره بالضمان باطل لأنه غير مجمل في كلامه عرفاً فوجب أن يحكم به شرعاً كالاستثناء، ولأنه لما كانت صلة إقراره بمشيئة الله تعالى مقبولة في رفع الإقرار كان صلته بما يصل من حكمه من الخيار مقبولة في بطلان الضمان، ولأنه لما كان إقراره بالبيع إذا وصله بصفة يبطل معها مقبولاً ولا يجعل في البيع مقراً وفي الفساد مدعياً وجب أن يكون إقراره بالضمان إذا وصله بما يبطل معه مقبولاً ولا يبعض إقراره فيجعل في الضمان مقراً وفي الخيار مدعياً.

والقول الثاني: أن قوله في ادعاء الخيار مردود وإقراره بالضمان لازم ينقض إقراره ويحلف له المقر له وإنما كان كذلك لأن أصول الشرع مقررة على أن من أقر بما يضره لزمه ومن ادعى ما ينفعه لم يقبل منه وهو في الضمان مقر بما يضره وفي الخيار مدع بما ينفعه، ولأنه أسقط أول كلامه بآخره فصار كاستثناء جميع ما أقر به.

وعلى هذين القولين في تبعيض الإقرار إذا قال: له عليَّ ألف قضيته إياها يقبل قوله على القول الأول في القضاء ولا يبعض إقراره ولا يقبل قوله على القول الثاني ويبعض عليه إقراره.

وهكذا لو قال: له عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير كان على هذين القولين فأما إذا قال: له عليَّ ألف مؤجلة إلى سنة وقد اختلف أصحابنا فخرجه بعضهم على قولين، وقال بعضهم يجوز ويقبل منه قولاً واحداً لأنه لا يسقط بالتأجيل شيء من الإقرار. وجملة ذلك أن القرائن والصلاة أربعة أقسام:

أحدها: ما يقبل في الاتصال والانفصال وهو أن يقر بمال ثم يقول: من شركة كذا، فيقبل منه وصل أو فصل.

والقسم الثاني: ما لا يقبل في الاتصال والانفصال وهو استثناء الكل كقوله له عليَّ ألف إلا ألفاً، فلا يقبل منه وصل أو فصل لفساده في الكلام وإحالته في مفهوم الخطاب.

والقسم الثالث: ما يقبل في الاتصال ولا يقبل في الانفصال وهو استثناء البعض من الإقرار بالنقص والزيف وما لا يرفع جميع الإقرار أن وصل قبل، وإن فصل لم يقبل، فإن قيل فما الفرق بين استثناء الكل واستثناء البعض؟ قيل من وجهين:

أحدهما: أن استثناء البعض مسموع في الكلام وصحيح في مفهوم الخطاب فجاز واستثناء الكل غير مسموع في كلامهم ولا يصح في مفهوم خطابهم فبطل لإحالة أن يكون كلاماً صحيحاً.

والثاني: أن استثناء البعض مثبت لحكم الاستثناء والمستثنى منه فصح واستثناء الكل مبطل لحكم الاستثناء والمستثنى منه فبطل الاستثناء ويصح المستثنى منه.

والقسم الرابع: ما لا يقبل في الانفصال واختلف قوله في قبوله في الاتصال وهو ما رفع جميع المتقدم من جهة الحكم والمعنى دون اللفظ وكان صحيحاً في كلام الناس ومفهوم خطابهم كقوله: ضمنت على أني بالخيار، أو: له عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير أو: له عليَّ ألف قضيته، أو: له عليّ مال مؤجل، فهذا قد يكون بين الناس ويصح في كلامهم وإنما بطل بحكم الشرع لا بمفهوم الخطاب واستحالة الكلام باستثناء الكل الذي هو مستحيل في الكلام فيكون على قولين إن اتصل:

أحدهما: يقبل لصحته في الكلام.

والثاني: لا يقبل جمعاً بين ما رفع أول كلامه لفظاً وبين ما رفعه حكماً.

فصل: فأما المزني فإنه اختار قبول إقراره في الجميع من غير تبعيض ثم احتج لنصرته بالبيع إذا أقر به البائع بخيار ادعاه أن قوله مقبول فيه.

فيقال للمزني: إن أردت خيار الثلاث الجائز فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ولا يقبل قول أحدهما دون الآخر وإن أردت خيار ما زاد على الثلاثة المبطل للعقد فقوله مقبول فيه والفرق بين البيع والضمان أن البيع عقد معاوضة يملك به عوض ما ملك عليه وقبل قوله في فساده لرجوعه إلى العوض وليس كالضمان الذي لا يقابله لنفسه ما يبطل لبطلانه فلم يقبل قوله في فساده ثم قال المزني ولا أجعل قولاً واحداً إلا حكماً واحداً وهذا يفسد عليه باستثناء الكل والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَمِنَ لَهُ عُهْدَةَ دَارٍ اشْتَرَاهَا وَخُلاَصِهَا وَاسْتُحِقَّتْ رَجَعَ بِالثَّمَنِ عَلَى الضَّامِنِ إنْ شَاءَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: ضمان درك البيع جائز وهو الرجوع بالثمن عند استحقاقه وضمان الدرك والعهدة سواء في الحكم وإن اختلفا لفظاً.

وقال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن ضمان العهدة فقال: ما أدري ما العهدة، العهدة الكتاب، فكأنه أنكر أن يعبر عن ضمان الدرك بضمان العهدة وهذه عبارة قد ألفها الناس واتسعوا فيها فلا وجه لإنكارها مع أن إنكار العبارة مع الاعتراف بالحكم غير مؤثر.

وقال أبو العباس بن سريج: ضمان الدرك باطل لأمرين:

أحدهما: أنه ضمان ما لا يجب لتردده بين أن يستحق أو لا يستحق.

والثاني: أنه ضمان مجهول لتردده بين استحقاق الكل أو البعض.

وقال ابن أبي ليلى وزفر: إن ضمان الدرك بأمر البائع صح وإن ضمن بغير أمره بطل، لالتزامه حكم عقده وهذا خطأ والدليل على جوازه مع أنه قول الجمهور أن ما دعت الضرورة إليه صح أن يرد الشرع به والضرورة تدعو إلى ضمان الدرك لما للناس من حاجة ماسة إلى التوثق في أموالهم وقد لا يوثق بذمة البائع لهوانها فاحتيج إلى التوثيق عليه بغيره والوثائق ثلاث: الشهادة والرهن والضمان.

والشهادة إنما تقيد التوثيق من ذمته لا غير فلم تؤثر في هذا المقصود والرهن فيه استدامة ضرر لاحتباسه إلى مدة لا يعلم غايتها وأن البائع لا يصل إلى غرضه من الثمن إذا أعطاه رهانه وهذا الضرر زائل عن الضمان والتوثق المقصود حاصل به فدل على صحته وجوازه ولا يكون ضماناً موقوفاً كما قال أبو العباس لأن المبيع إن كان مستحقاً حين العقد فالضمان جائز وإن كان غير مستحق فلا ضمان فلم يتردد بين حال نظراً فيصير موقوفاً ولا يكون ضماناً مجهولاً لأن الثمن معلوم ويكون استحقاق بعضه مفضياً إلى جهالته كما يكون ضمانه ألفاًإذا قامت للمضمون عنه بينة بأداء بعضه فسقوط الضمان فيه مفض إلى جهالته.

فصل: فإذا ثبت أن ضمان الدرك جائز فهو موجب لغرم الثمن عند استحقاق المبيع وروي عن شريح وسوار بن عبد الله وعثمان البتي أن ضمان الدرك موجب لتخليص المبيع ما كان موجوداً إلا أن يتلف فيغرم مثله ولو كان المبيع داراً أو عقاراً.

وحكي عن عبيد الله بن الحسن العنبري: أن ضامن الدرك إن كان عالماً بالاستحقاق عند ضمانه لزمه تخليص المبيع. وإن لم يعلم به غرم ثمنه. وكلا المذهبين فاسد لأمرين:

أحدهما: أن استحقاق المبيع موجب لفساد العقد وفساده يمنع من استحقاق ما تضمنه وإنما يوجب الرجوع بالمدفوع.

والثاني: أن تخليص المستحق غير ممكن عند امتناع المستحق فلم ينصرف الضمان إليه.

فصل: فأما إن ضمن له خلاص المبيع فقد ذهب أهل العراق إلى جوازه ووهم بعض أصحابنا فقال به تعلقاً بقول الشافعي ولو ضمن له عهدة داره وخلاصها وهذا خطأ عليه في التأويل لأن مراده بالخلاص إنما هو خلاص ما يجب بالاستحقاق من الثمن ألا تراه قال: فالثمن على الضامن؟ وإنما بطل ضمان خلاصها لما ذكرنا من المعنيين.

فصل: فإذا ثبت أن ضمان الدرك موجب لغرم الثمن فالمشتري يستحق الرجوع بالثمن على البائع من ثلاثة أوجه: الاستحقاق. والإقالة. والرد بالعيب.

فأما الاستحقاق بكون المبيع مغصوباً فوجب الرجوع بالثمن على ضامن الدرك والمشتري مخير بين الرجوع على الضامن أو البائع؟

وأما الإقالة فيرجع المشتري بالثمن فيها على البائع دون ضامن الدرك لأن الرجوع بالثمن فيها مستحق بتراضيهما فلم يضطر المشتري إلى استدراك حقه بضمان الدرك. وأما الفسخ بالعيب ففي الرجوع بالثمن على ضامن الدرك وجهان:

أحدهما: أنه يرجع به على ضامن الدرك لأنه يرجع به جبراً من غير تراض فصار كالاستحقاق.

والوجه الثاني: لا يرجع به على صاحب الدرك لأن رده واستحقاق ثمنه عن رضى منه واختيار كالإقالة.

وهكذا الرجوع بأرض العيب على ضامن الدرك على هذين الوجهين كأنه في مقابلة جزء من الثمن.

فصل: فأما استحقاق بعض المبيع فموجب لبطلان البيع فيه وفي بطلانه في باقيه قولان من تفريق الصفقة:

أحدهما: باطل في الجميع، فعلى هذا يرجع بجميع الثمن على ضامن الدرك.

والثاني: باطل في المستحق صحيح في الباقي، فعلى هذا يكون استحقاق بعضه عيباً في باقيه فيكون بالخيار فيه، فإن أقام عليه رجع بثمن القدر المستحق على ضامن الدرك وإن فسخه رجع عليه بثمن المستحق، وهل يرجع عليه بثمن ما فسخ فيه البيع من باقيه؟ على ما ذكرناه من وجهين:

فصل: وإذا ابتاع الرجل أرضاً فبنى فيها وغرس ثم استحقت منه فقد اختلف الناس في حكم غرس المشتري وبنائه، فقال أهل العراق: للمشتري أن يرجع بقيمته قائماً على البائع ويكون المستحق مخيراً بين أخذ الغرس من البائع وقيمته مقلوعاً وبين إجباره على قلعه.

وقال أهل المدينة إن كان المشتري جاهلاً بالغصب عند غرسه وبنائه كان المشتري مخيراً بين أن يعطيه قيمة ذلك قائماً أو يقره فيكون شريكاً له في الغرس والبناء، وإن كان عالماً أخذ بالقلع لأنه تعدى على البائع في الحالين.

ومذهب الشافعي رضي الله عنه أن المشتري مأخوذ بقلع غرسه وبنائه وغرم ما نقص من قيمة الأرض بقلعه عالماً بالحال أو جاهلاً، ثم له إن كان جاهلاً بالحال أن يرجع على البائع بما بين قيمة غرسه وبنائه قائماً ومقلوعاً وبما غرم من نقص الأرض بالقلع لأنه قد ألجأه

بالغرور إلى التزام ذلك ولا رجوع له بشيء منه إن كان عالماً وهذا أصح المذاهب إطراداً وأقواها حجاجاً ثم لا رجوع للمشتري بشيء من ذلك على ضامن الدرك بحال لأنه رجوع بغرم وجب بالغرور وليس يضمن مستحق العقد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ أَعْجَمِيٌّ بِأَعْجَمِيَّةٍ كَانَ كَالإِقْرَارِ بِالعَرَبِيَّةِ العَقْلِ فَهُوَ عَلَى الصِّحَّةِ حَتَّى يَعْلَمَ غَيْرَهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح لقوله تعالى: ﴿واختلاف ألسنتكم وألوانكم﴾ [الروم: ٢٢]، ولأن الكلام موضوع ليبين المتكلم به عن غرضه فاستوى فيه كل كلام فهم عن قائله، ولأنه لما كان إيمان الأعجمي بلسانه كالعربي اقتضى أن يكون إقراره بلسانه كالعربي فإذا ثبت هذا فسواء أقر بالأعجمية وهو يحسن العربية أم لا في لزوم إقراره له، وهكذا العربي إذا أقر بالأعجمية لزمه إقراره فأما العربي الذي لا يحسن بالأعجمية إذا أقر بالأعجمية أنه يسأل: هل قصد ما تكلم به أم لا؟ فإن قال: أعرفه، لزمه إقراره، وإن قال: لست أعرفه وإنما جرى لساني به قبل منه ولم يلزمه. وهكذا الأعجمي إذا أقر بالعربية سئل، فإن قال: عرفت معنى ما تكلمت به لزمه، وإن لم يعرفه لم يلزمه. والله أعلم.

فصل: وإذا ثبت أن الإقرار بالأعجمية لازم لم يخل حال الحاكم المقر عنده من أن يكون عارفاً بلسانه أم لا.

فإذا كان عارفاً به اكتفى بمعرفته وإن لم يعرفه احتاج إلى ترجمان يترجم له ما تكلم به واختلفوا في عدده، فقال أبو حنيفة: يجزىء ترجمان واحد وأجراه مجرى الخبر.

قال الشافعي: لا يجزي أقل من ترجمانين اعتباراً بالشهادة لما في الترجمة من إثبات لما لم يعلمه ليجبر على الحكم وخالف معنى الخبر الذي يستوي فيه المُخْبِرُ والمُخْبَرُ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِهِ وَلَمْ يَقُولُوا بِأَنَّهُ صَحِيحٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح والأولى بالشهود إذا شهدوا على إقراره عند الحاكم ولم يستوفوا الشهادة بما ينفي عنها الاحتمال فيقولون: اشهدنا وهو صحيح العقل جائز التصرف فإن أطلقوا الشهادة فلم يذكروا فيها صحة العقل وجواز الأمر جاز للحاكم أن يحكم بها ما لم يعلم خلافها.

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز له الحكم بها لاحتمال أن يكون المشهود عليه مجنوناً أو مكرهاً. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن الحكم يتعلق بالأغلب من ظاهر الحال والأغلب السلامة والصحة.

والثاني: أن الظاهر من حال الشهود أنهم لا يؤدوا ما تحملوا إلا عند وجوب إثباته ولزوم الحكم به غير أن الأولى بالحاكم في مثل هذه الحال أن يأمر الشهود بإكمال الشهادة من غير تلقين لهم ليزول الخلاف وينتفى الاحتمال.

وإن جاز أن يقتصر على الحكم بها: فإن ادعى المشهود عليه الجنون عند الإشهاد عليه لم يقبل دعواه وحكم عليه بالصحة حتى يعلم خلافها لأنها أصل والجنون عارض. ولو ادعى الإكراه قال أبو حامد الاسفراييني: يقبل قوله وفرق بين الجنون والإكراه لأن أحكام المكره مختلف فيها وأحكام المجنون متفق عليها. وهذا عندي ليس بصحيح لأن ما احتملته الشهادة من معاني الرد فهو مانع من قبولها كالجهالة بالعدالة وفي إنفاذ الحكم بها مانع من احتمال الإكراه كما في إنفاذه مانع من احتمال الجنون ولو فرق بينهما بأن فقد العقل أظهر لكان أعذر وإن لم يكن في الحالين عذر.

فصل: وإذا قال: لفلان في هذه الدار حق، وأخذه الحاكم بالبيان فقال: هو باب أو جذع أو قماش أو إيجارة سنة، قبل قوله في ذلك كله.

وقال أبو حنيفة: لا أقبل ذلك منه حتى حقاً في الشركة كما لو قال: له في هذه الدار سهم.

وهذا ليس بصحيح لوضوح الفرق بينهما لأن السهم شائع والحق متميز.

فصل: ولو قال: لفلان عليٌّ ألف إلا مئة قضيته إياها، قال أبو حنيفة: يكون مقراً بالألف مدعياً لقضاء مائة فألزمه الألف ولا أقبل منه دعوى القضاء فجعل الاستثناء متوجهاً إلى القضاء دون المقضي.

وعلى مذهب الشافعي يكون استثناءاً صحيحاً يرجع إلى المقضي دون القضاء وصفا وسبباً لصحته ولو أمسك عنه وعدم ما ذكره منع منه فيصير مقراً بتسعمائة قد ادعى قضاءها والله أعلم.

بَابُ إِقْرَارِ الوَارِثِ بِوَارِثٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ**: «الَّذِي أَحْفَظُ مِنْ قَوْلِ المَدَنِيِّينَ فِيمَنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِأَخٍ أَنَّ نَسَبَهُ لَا يَلْحَقُ وَلَا يَأْخُذُ شَيْئاً لأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمَعْنَى إِذَا ثَبَتَ وَرِثَ وَوُرِّثَ فَلَمَّا لَمْ يَثْبُتْ بِذَلِكَ عَلَيْهِ حَقٌّ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ وَهَذَا أَصَحُّ مَا قِيلَ عِنْدَنَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يُقِرَّ أَنَّهُ بَاعَ دَاراً مِنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ المُقِرُّ لَهُ الْبَيْعَ فَلَمْ نُعْطِهِ الدَّارَ وَإِنْ أَقَرَّ صَاحِبُهَا لَهُ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ إِنَّهَا مِلْكٌ لَهُ إِلَّا وَمَمْلُوكٌ عَلَيْهِ بِهَا شَيْءٌ فَلَمَّا سَقَطَ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً عَلَيْهِ سَقَطَ الإِقْرَارُ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا مات رجل وترك ابنين فادعى ثالث أنه ابن الميت وأخو الابنين، فلصحة دعواه شرطان أن لم يوجدا بطلت:

أحد الشرطين: أن يكون مثله يجوز أن يولد لمثل الميت بأن يكون بين سنيهما زمان أقله عشر سنين فصاعداً لأنه لا يجوز أن يولد لمن له أقل من عشر سنين. فإن كان بينهما أقل من عشر سنين فدعواه مردودة لاستحالتها.

والشرط الثاني: أن يكون المدعي مجهول النسب ليصح أن يلحق نسبه بمن يدعيه فإن كان معروف النسب فدعواه مردودة لبطلانها.

فإذا اجتمع الشرطان صحت الدعوى وسمعت على الابنين ولا يخلو حال الابنين في جواز الدعوى من ثلاثة أحوال:

إما أن يقرا به.

أو ينكراه.

أو يقر به أحدهما وينكره الآخر.

فإن أقرا به ثبت نسبه وشاركهما في الإرث ونحن نذكر الخلاف فيه من بعد.

وإن أنكراه فإن كان للمدعي بينة سمعت وهي إن كانت على إقرار الميت عدلان لا غير، وإن كانت ولادته على فراشه فعدلان أو أربع نسوة يشهدن أنه ولد على فراشه ثم يحكم

له بثبوت النسب واستحقاق الإرث، فإن مات المدعي لم يستحق الابنان إرثه ما أقاما على الإنكار فإن رجعا عنه إلى الاعتراف به ورثاه.

وإن لم يكن للمدعي بينة أحلف الابنان على إنكار نسبه على العلم دون البت فإن حلفا فهو مدفوع النسب عنهما، وإن نكلا ردت اليمين عليه. فإن حلف فيمينه على البت دون العلم لأنها يمين إثبات وثبت نسبه واستحق الإرث، وإن نكل فهو مدفوع النسب عنهما، ولو كان أحدهما قد حلف ونكل الآخر لم ترد يمينه على المدعي لأنه لا يثبت بها نسب ولا يستحق بها إرث.

فصل: وأما إن أقر به أحد الابنين وأنكره الآخر فهي مسألة الكتاب فيستحق إحلاف المنكر، ولا يثبت نسبه إجماعاً ما لم يكن من المنكر نكول.

واختلفوا هل يستحق مشاركة المقر في الميراث؟

فقال مالك وأبو حنيفة يستحق مشاركته، ثم اختلفا في قدر ما يستحقه منه

فقال أبو حنيفة: يستحق نصفه، وقال مالك: يستحق ثلثه، ومذهب الشافعي وهو قول الأكثر من فقهاء المدينة: أن المقر به لا يستحق من ميراث المقر شيئاً.

وأراد الشافعي بقوله (والذي أحفظ من قول المدنيين) من تقدم مالكاً من الفقهاء لأنه عاصر مالكاً فرد قوله وبين أنه خالف من قبله.

واستدل من جعل المقر به وارثاً وإن لم يكن نسبه ثابتاً بأن الإقرار تضمن شيئين: نسباً وارثاً. فإذا رد إقراره بالنسب لأنه مقر به على غيره لم يوجب رد إقراره بالميراث لأنه مقر به على نفسه.

والأصول تشهد لصحته ألا ترى لو قال لعبده: بعتك نفسك بألف وأنكر العبد لم يقبل قوله على العبد بادعاء الألف عليه ولزمه إقراره على نفسه في وقوع العتق. ولو قال لزوجته خالعتك على ألف، وأنكرت لم يقبل قوله على زوجته في استحقاق الألف ولزمه إقراره على نفسه في وقوع الطلاق، ولو قال لها: أنت أختي من الرضاعة لم يقبل قوله عليها في سقوط المهر ولزمه إقراره على نفسه بالتحريم. ولو ادعى بيع شقص من دار على رجل أنكره لم يقبل قوله عليه في ادعاء الثمن ولزمه إقراره على نفسه في تسليم الشقص بالشفعة.

قالوا فكانت شواهد الأصول توجب قياساً على ما وصفنا من استحقاقه الإرث مع انتفاء النسب.

وتحرير ذلك قياساً أنه إقرار يفضي إلى ثبوت حقين يختص بأحدهما فجاز إذا انتفى ما يختص بغيره أن يلزمه ما اختص بنفسه كالشواهد المذكورة.

قالوا: ولأن الإقرار بالنسب قد يوجب أحكاماً ثلاثة:

منها العتق.

ومنها التحريم.

ومنها الميراث.

ثم كان العتق والتحريم قد يثبتان مع انتفاء موجبهما من النسب حتى لو أقر أحدهما بأخوة عبد تركه أبوه، عتق وإن لم يثبت إقراره بنسبه. ومن أقر بأخوة امرأة أنكرته حرمت عليه وإن لم يثبت نسبها وجب أن يكون الميراث بمثابتهما في استحقاقه مع انتفاء موجبه من النسب، ويتحرر من اعتلال هذا الاستدال قياسان:

أحدهما: أن ما أوجبه ثبوت النسب جاز أن يثبت مع انتفائه كالعتق والتحريم.

والثاني: أن ما أوجب عتق النسب وتحريمه أوجب إرثه كالنسب.

قالوا: ولأن الإرث قد يستحق بنسب وسبب فلما كان اعتراف أحدهما بالزوجية يوجب إرثها من حقه وإن لم تثبت الزوجية وجب أن يكون اعترافه بالنسب يوجب إرثه من حقه وإن لم يثبت النسب.

ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أن ما أوجب الإرث مع ثبوته جاز أن يوجبه مع عدم ثبوته كالزوجية.

والثاني: أنه إقرار أوجب الإرث بالزوجية فاقتضى أن يوجب الإرث بالنسب كإقرارهما.

قالوا: ولأن التركة قد تستحق بسببين إرث ودين، فلما كان إقرار أحدهما بالدين يوجب عليه التزام حصته وجب أن يكون إقراره بالإرث يوجب عليه التزام حصته.

وتحريره قياساً أن كل من استحقت به التركة جاز أن يثبت إقرار أحدهما بالدين.

فصل: ودليلنا على ذلك من سبعة أوجه:

أحدها: قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١].

فأثبت الميراث للابن فإذا لم تثبت البنوة لم يثبت الميراث.

والدليل الثاني: أن النسب يوجب التوارث بين المتناسبين فيرث به ويورث فلما لم يرث بهذا الإقرار لم يجز أن يورث به.

ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه إرث مستحق بنسب فوجب أن ينتفي مع انتفاء النسب كإرث المقر.

والثاني: أنه إقرار بنسب يمنع من أن يستحق به إرثاً فوجب أن يمنع من أن يلتزم به إرثاً كالإقرار بمعروف النسب.

والدليل الثالث: أن ثبوت النسب بالإقرار قد يمتنع تارة من جهة المقر إذا لم يكمل عدد جميع الورثة، وتارة من جهة المقر به إذا أنكر الإقرار فلما كان انتفاء النسب بإنكار المقر به يمنع من استحقاق الإرث وإن طلبه وجب أن يكون انتفاء النسب بعدم اجتماع الورثة يمنع من استحقاق الإرث وإن طلبه.

ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه إقرار مفرد يعتبر إقراره بغيره فوجب أن يسقط حكمه كإقرار المدعي وحده.

والثاني: أنه إقرار لم يثبت فيه نسب فوجب أن لا يستحق به إرث كالإقرار بمنكر.

والدليل الرابع: أن اختصاص المقر بإقراره أولى من تعديه إلى غيره فلما لم يستحق بهذا الإقرار ميراث المقر لو مات فأولى أن لا يستحق بما ورثه المقر. ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه إقرار يسقط حكمه في المقر فأولى أن يسقط حكمه في غير المقر كإقرار الصغير.

والثاني: أنه إقرار رد في النسب فوجب أن يرد في الإرث قياساً على الإرث من تركة المقر.

والدليل الخامس: أن لصحة الإقرار ولزومه حكمين:

أقواهما: ثبوت النسب الذي هو أصل.

وأضعفهما: استحقاق الميراث الذي هو فرع.

لأن النسب قد ثبت مع عدم الميراث ولا ينتفي النسب ويكمل الميراث فلما انتفى ثبوت النسب عن هذا الإقرار فأولى أن ينتفي عنه ثبوت الميراث ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه أحد حكمي إقرارهما فوجب أن لا يثبت بإقرار أحدهما كالنسب.

والثاني: أن ما منع النسب منع الإرث كالسن إذا استوى فيها الميت والمدعي.

والدليل السادس: أن الميراث مستحق بالإقرار تارة وبالبينة أخرى فلما كانت شهادة أحد الشاهدين يمنع من استحقاق الميراث بشهادته وجب أن يكون إقرار أحد الوارثين يمنع من استحقاق الميراث بإقراره.

وتحريره أن كل شخصين استحق الميراث بقولهما لم يجز أن يستحق بقول أحدهما كالشاهدين.

والدليل السابع: أنه مال يقتضي ثبوته ثبوت سببه فلم يجز إثباته إلا بإثبات سببه.

أصله أنه إذا أقر أنه اشترى عبد زيد بألف وأنكر لم نقض عليه بالألف.

فأما الجواب عن استدلالهم الأول بأنه إقرار تضمن شيئين فلزم فيما عليه ورد فيما له فبطلانه بمعروف النسب لأنه لو تميز أحدهما عن الآخر في مجهول النسب لتميز في معروف النسب وكان يستحق الميراث وإن كان منكر النسب وكان لا يقتضي قسمته على المواريث المستحقة بالنسب، وفي كل هذا دليل على اتصاله بالنسب وعدم انفصاله عنه.

ثم نجيب عن كل أصل جعلوه شاهداً، أما قوله لعبده بعتك نفسك ولزوجته (خالعتك) فإنما لزمه عتق عبده وطلاق زوجته لأن العتق والطلاق ينفرد عن استحقاق العوض، والميراث لا ينفرد عن ثبوت النسب، وأمَّا قوله لزوجته أنت أختي من الرضاعة فإنما وقعت به الفرقة ولزمه التحريم لأنه لم يدع لنفسه في مقابلة ذلك حقاً ثبت لثبوته فلذلك لزمه وفي إقراره بالنسب قد ادعى لنفسه بذلك حقاً لأن الناس يورثون من حيث يرثون فلما لم يرث لم يورث.

وأما مدعي البيع في استحقاق الشفعة عليه فقد اختلف أصحابنا على ما سنذكر شرحه فمنهم من قال: لا شفعة، فعلى هذا يسقط الاستدلال به ومنهم من أوجب الشفعة وهو ظاهر قول الشافعي، فعلى هذا الفرق بينهما أن ما ادعاه البائع من الثمن على المشتري قد حصل له من جهة الشفيع فلزمه التسليم لحصول ما ادعاه من الثمن ولم يحصل للمقر بالنسب ميراث المدعي فلم يثبت إقراره للمدعي حقاً.

وأما الجواب عن استدلالهم الثاني بأن ما أوجبه النسب من العتق والتحريم قد يثبت مع انتفاء النسب فكذلك الميراث من وجهين:

أحدهما: أنه لما جاز أن يقع العتق والتحريم من غير جهة النسب جاز أن يثبت وإن لم يثبت النسب. ولما إن لم يجز أن يستحق الميراث بغير النسب لم يجز أن يثبت إذا لم يثبت النسب.

والثاني: أنه في إقراره بالعتق لا يدعي لنفسه في مقابلة ذلك حقاً فلزمه وفي الميراث يدعي لنفسه في مقابلة ذلك ميراثاً لم يحصل له فلم يلزمه.

وأما الجواب عن استدلالهم الثالث في الإقرار بالزوجية فلأصحابنا في الزوجية إذا أقر بها بعض الورثة وجهان:

أحدهما: لا يستحق عليه إرثاً فعلى هذا يستوي الإقرار بالنسب والزوجية فيسقط الاستدلال.

والثاني: أنها يستحق به على المقر إرثاً فعلى هذا الفرق بين الزوجية والنسب من وجهين:

أحدهما: أن الزوجة ترث بعد ارتفاع الزوجية بالموت فجاز أن ترث مع عدم ثبوت الزوجية، والمناسب لا يرتفع نسبه بالموت فلم يجز أن يرث مع عدم النسب.

والثاني: أنه في الإقرار بالزوجية لا يدعي لنفسه في مقابلة إقراره بميراثها ميراثاً لنفسه منها فلزمه إقراره والمناسب بخلافه.

وأما الجواب عن استدلالهم الرابع في الدين في لزوم المقر فسقط منه في الوجهين الماضيين:

أحدهما: أنه ينفرد عن النسب.

والثاني: أنه لا يراعي لنفسه في مقابلته حقاً.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من بطلان الإرث لبطلان النسب وأن المقر لا يجبر على دفع شيء من سهمه الذي ورثه فقد اختلف أصحابنا هل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى إذا علم صدق المدعي أن يدفع إليه من سهمه الذي ورثه قدر حقه منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه الحكم بإبطال النسب الذي هو سبب استحقاقه.

والثاني: يلزمه لأن بطلان النسب في ظاهر الحكم دون باطنه. ونحن نلزمه في باطن الحكم دون ظاهره.

فعلى هذا اختلفوا في قدره على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يلزمه دفع الفاضل من سهمه إذا اشتركوا وهو السدس الزائد على الثلث.

والوجه الثاني: أنه يدفع إليه نصف ما في يده لأنه مقر أنه وإياه في مال أبيه سواء.

والوجه الثالث: يعطيه ثلث ما بقي في يده ويضمن له سدساً في يد أخيه إلا أن يكون قاسمه. بحكم حاكم فلا يضمن مما في يد أخيه شيئاً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَقَرَّ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَوَرِثَ وَوَرَّثَ وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ فِي ابْنِ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ وَقَوْلُهُ «هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَر».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن إقرار الوارثين بمدعى البنوة يوجب ثبوت نسبه وهكذا لو كانوا جماعة وأقروا أو كان واحداً وأقر لأن المراعى إقرار من يحوز الميراث.

وقال مالك: لا يثبت النسب بإقرار الورثة وإنما يستحق به الميراث.

وقال أبو حنيفة: إن كان الوارث واحداً لم يثبت بإقراره النسب، وإن كانوا عدداً أقلهم اثنان ثبت النسب بإقرارهم لا من طريق الشهادة لأنه لا تعتبر فيها العدالة.

واستدل من منع لحوق النسب بإقرار الورثة بما روى سعيد بن جبير عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لاَ مُسَاعَاةَ فِي الإِسْلاَمِ»[1] يعني السعي إلى ادعاء النسب.

وعن عمر رضي الله عنه أنه كان لا يورث الحميل[2] وهو الذي يحمل نسبه على غير مقربه والميت غير مقر وإن أقرَّ وارثه.

قالوا: ولأن ثبوت النسب في مقابلة نفيه فلما لم ينتف النسب بنفي الوارث ولعانه لم ينتف بتصديقه وإقراره ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه أحد حالي النسب فلم يملكه الوارث كالنفي.

والثاني: أن من لم يملك نفي النسب لم يملك إثباته كالأجانب.

قالوا: ولأن الولاء لحمة كلحمة النسب[3] فلما لم يكن للورثة إلحاق ولاء بالميت بعتقهم لم يكن لهم أن يلحقوا به نسباً بإقرارهم.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٦٤) وأحمد في المسند ١/٣٦٢ والطبراني في الكبير ١٢/٤٩ والحاكم في المستدرك ٤/٣٤٢.

(٢) أخرجه الدارمي في السنن ٢/٣٨٧.

(٣) وهو معنى حديث أخرجه عبدالرزاق في المصنف (١٦١٤٩) والبيهقي ٦/٢٤٠ والشافعي في المسند (٣٣٨) والحاكم ٤/٣٤١ وانظر تلخيص الحبير ٤/٢١٣.

ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه أحد اللحمتين فلم يكن للورثة إثباته كالولاء.

والثاني: أن من لم يكن له إثبات الولاء لم يكن له إثبات النسب كالأوصياء.

والدليل على ما قلناه من ثبوت النسب بإقرارهم من خمسة أوجه:

أحدهما: ما رواه سفيان عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ في ابن أمة زمعة، فقال سعد: عهد إلى أخي في ابن وليدة زمعة أن أقبضه فإنه ابنه، وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي ﷺ: هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بِنَ زَمْعَةَ الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ فألحق النبي ﷺ الولد بعبد بن زمعة باعتراف أبيه وجعله أخاه. فاعترضوا على هذا الحديث من أربعة أوجه:

أحدها: أن قالوا: إن النبي ﷺ إنما جعله عبداً لعبد ولم يجعله أخاه، وروي أنه قال: هُوَ لَكَ عبد. فعن هذا جوابان:

أحدهما: أن مسدداً روى عن سفيان أن النبي ﷺ قال: هُوَ أَخُوكَ يَا عَبْدُ.

والثاني: أن عبد بن زمعة قد أقر بحريته وولادته حراً على فراش أبيه فلم يجز بعد اعترافه بحريته أن يحكم له برقه.

وما رووه من قوله هُوَ لَكَ عَبْدُ فإنما أشار إليه بالقول اختصاراً يحذف النداء كقوله تعالى: ﴿يُوسُفُ أَعْرِضْ عَنْ هَذَا﴾ [يوسف: ٢٩]. والاعتراض الثاني عليه:

إن قالوا إنما ألحقه بالفراش لا بالإقرار وبين ذلك بقوله «الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» والجواب عنه: أنه قد أثبت الفراش بإقراره وإقراره بالفراش إقرار بالنسب لثبوت النسب بثبوت الفراش فلم يكن فرق بين الإقرار بالفراش الموجب لثبوت النسب وبين الإقرار بالنسب الدال على ثبوت الفراش.

والاعتراض الثالث عليه:

أن قالوا: لا دليل لكم فيه لأن عبداً هو أحد الوارثين وسودة زوجة النبي ﷺ أخته ولم تكن منها دعوى له ولا إقرار به ولا دعوى له. وإقرار أحد الورثة لا يوجب بالإجماع ثبوت النسب. وعنه جوابان:

أحدهما: أن عبداً هو وارث أبيه وحده لأن سودة كانت قد أسلمت قبل موت أبيها وكان عبد على كفره فكان هو الوارث لأبيه الكافر دون أخته المسلمة، ألا ترى إلى ما روي عنه أنه قال: أسلمت أختي سودة فحملتها وليتني أسلمت يوم أسلمت.

والثاني: أن سودة قد كانت معترفة به واستنابت أخاها في الدعوى لأن النساء من

عادتهن الاستنابة، ألا ترى أن النبي ﷺ أمرها بالاحتجاب منه فلولا أنها كانت معترفة به كانت مقيمة على الاحتجاب الأول.

والاعتراض الرابع عليه: أن قالوا: أمره ﷺ لسودة بالاحتجاب منه دليل على أنها ليست أختاً له. وعنه جوابان:

أحدهما: لقوة الشبه الذي رأى فيه من عتبة أمرها بالاحتجاب أما كراهة أن يكون في نفسها نزاع من قضائه، وأما استظهار لما تتخوفه باطناً من فساد أصابه.

والثاني: أن للزوج منع زوجته من الظهور لأخيها وأهلها فلم يكن في المنع دليل على اختلاف النسب.

والدليل الثاني من المسألة: ما روى سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ قَضَى أَنَّ كُلَّ مُسْتَلْحق اسْتُلْحِقَ بَعْدَ أَبِيهِ فَقَدْ لَحِقَ بِمَنِ اسْتَلْحَقَهُ. وهذا نص عام في موضع الخلاف.

والدليل الثالث: أن الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه إثباتاً كالحجج والبينات وقبضاً كالدين والقصاص، والنسب حق له إثباته حياً فكان للورثة إثباته ميتاً. ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن ما ملك المورث إثباته من حقوقه ملك الورثة إثباته بعد موته كالدين والقصاص.

والثاني: أن من ملك إثبات الحقوق ملك إثبات الأنساب كالموروث.

والدليل الرابع: أن الإقرار بالنسب يتعلق به حكمان: ثبوته وإرثه.

فلما استحق الإرث بإقرارهم ثبت النسب بإقرارهم ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن من ثبت الميراث بإقراره ثبت النسب بإقراره كالموروث.

والثاني: أن ما لزم من حقوق النسب بإقرار الموروث لزم بإقرار الوارث كالميراث.

والدليل الخامس: أن إقرار الورثة بالحق أقوى ثبوتاً من الشهادة بالحق فلما ثبت النسب بالشهادة فأولى أن يثبت بإقرار الورثة ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن ما صح ثبوته بالشهادة فأولى أن يصح ثبوته بإقرار الورثة كسائر الحقوق.

والثاني: أن ما صح أن يثبت بالحقوق صح أن يثبت به الأنساب كالشهادة والله أعلم.

فأما الجواب عن قوله ﷺ ولا مسَاعَاةَ فِي الإِسْلَامِ فوارد باستلحاق الأنساب بالزنى لأن تمام الخبر دال عليه وهو قوله لا مساعاة في الإسلام ومن ساعى في الجاهلية فقد لحقه بعصبته ومن ادعى ولداً من غير رشدة فلا يرث ولا يورث.

وأما الجواب عما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان لا يورث الحميل فمن وجهين:

أحدهما: أنه وارد فيمن حمل نسبه على غيره مع إنكار ورثته.

والثاني: أنه وارد في المسبـي من دار الشرك إذا أقر بنسب ليرتفع إرث الولاء به.

وأما الجواب عن استدلالهم بنفي النسب فهذا باطل بالابن لو أقر لحق ولو أراد نفي أب لم يجز فكذا الأخ لو أقر بأخ جاز ولو نفاه لم يجز. وأجاب أبو علي الطبري عن ذلك في إفصاحه أن قال: هما سواء لأن النسب لا يثبت إلا باجتماعهم ودخول المقر به في جملتهم، فكذلك لا ينتفي إلا باجتماعهم ودخول المنفي في جملتهم فيقول إذا نفوه عن أبيهم: لست بابن أبيكم، تصديقاً لهم فينتفي. واختلف أصحابنا فيما أجاب به أبو علي هل يصح في الحكم أو لا؟ فكان أبو حامد الاسفراييني يمنع من صحته فيقول: إن من لحق نسب من لم ينتف عنه باجتماعه مع الورثة على نفيه. وقال غيره: هو في الحكم صحيح لأنه لما ثبت النسب باتفاق الفريقين انتفى باتفاق الفريقين.

وأما الجواب عن استدلالهم بالولاء فهو أنهما سواء لأنهم أقروا بنسب متقدم ولو استحدثوه لم يجز وبطل إلحاقهم بولاء مستحدث ولو أقروا بولاء متقدم جاز والله أعلم.

فصل: فإذا صح بما ذكرنا من ثبوت النسب بإقرار الورثة فالأنساب ضربان:

ضرب لا يدخل بين المتداعيين له وسيط في لحوقه وضرب يدخل بين المتداعيين وسيط في لحوقه.

فأما الضرب الأول وهو ما لا يدخل بين متداعييه وسبط في لحوقه فشيئان:

أحدهما: الابن في ادعاء البنوة.

والثاني: الأب في ادعاء الأبوة.

لأن لحوق أنسابهما مباشرة لا يتفرع عن أصل يجمع بين النسبين ولا يدخل بينهما وسيط في لحوق المتداعيين والأولى في ادعاء مثل هذا النسب أن كان الابن هو المدعى أن يقول لمن ادعاه أبا: أنا ابنك، ويقول الأب لمن ادعاه ابناً: أنت ابني، لأن النسب يرجع إلى الأب فأضيفت الدعوى فيه إليه فلو قال الابن: أنت أبي، وقال الأب أنا أبوك، صحت الدعوى حكماً وإن فسدت اختياراً لأن في كل واحد من الأبوة والبنوة دليل على الآخر.

وإذا كان كذلك فلا يخلو إما أن يكون المدعي هو الأب أو الابن.

فإن كان المدعي هو الابن فلا تسمع دعواه بعد أن يكون من أهل الدعوى بالبلوغ والعقل إلا بشرطين مضيا.

أحدهما: جهالة النسب.

والثاني: جواز أن يولد مثله لمثله.

وبشرط آخر في الأب المدعي وهو العقل الذي يصح معه الإقرار، إلا أن يكون لـلابن بينة فتسمح دعواه وإن كان الأب مجنوناً.

فإذا كملت هذه الشرائط الأربع: ثلاثة منها فيه وهو:

أن يكون من أهل الدعوى.

وأن يكون مجهول النسب.

وأن يجوز ولادة مثله لمثله.

ورابع في الأب وهو أن يكون ممن تصح عليه الدعوى.

سمعت حينئذ وسئل الأب عنها فإن أنكره فعليه اليمين فإن حلف الأب على إنكاره انتفى عنه ولم يكن لأحد من عصبات الأب أن يقر بنسبه سواء كان الأب حياً أو ميتاً لبطلان النسب بيمين الأب. وإن اعترف الأب بدعواه وأقر ببنوته لحق به وصار ولداً له صحيحاً كان عند الإقرار أو مريضاً، صدقه العصبة والورثة عليه أو لا، سواء كان الابن ممن يرث باجتماعهما على الحرية والدين أو كان غير وارث لاختلافهما برق أو في دين، حجب الورثة أو لم يحجبهم: فلو عاد الأب بعد إقراره فأنكره فإن لم يتابعه الابن على الإنكار ونفس النسب وأقام على الدعوى فهو على نسبه في اللحوق به يرثه إن مات ويرث سائر عصباته.

وإن تابعه الابن على الإنكار وصدقه على نفي النسب فإن كان الفراش معروفاً لم ينتف النسب باجتماعهما على نفيه، وإن كان الفراش مجهولاً فالنسب ملحق بالإقرار المتقدم وفي رفعه باجتماعهما على نفيه وجهان حكيناهما:

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري وطائفة ينتفي النسب وترتفع الأبوة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الأسفراييني وطائفة أن النسب على ثبوته لا يرتفع وإن اجتمعا على نفيه كما لا يجوز ارتفاع ما ثبت بالفراش المعروف وإن اجتمعا على نفيه.

فصل: فإن كان المدعي هو الأب فلا بد من وجود الشرطين في الولد الذي ادعاه وهما:

جهل نسبه.

وجواز أن يولد مثله لمثله.

ثم لا بد أن يكون من أهل الدعوى بكمال العقل ولا فرق بين أن يكون الولد صغيراً أو

كبيراً، فإن كان صغيراً ألحق بمجرد الدعوى ولا يعتبر في لحوقه تصديق الولد لأنه لا حكم للصغير في نفسه فإن بلغ فأنكر لم يؤثر إنكاره في نفي النسب لما تقدم من الحكم بثبوته.

وإن كان الولد كبيراً لم يثبت نسبه ولم يلحق بالمدعي إلا بإقراره لأن للكبير حكماً في نفسه، فإن أقر له بالبنوة لحق به وتعلقت به أحكام الأبناء سواء كان الأولاد أنكروا أو لا، وإن أنكروا فعليه اليمين.

فإن ادعى الأب ولداً بعد موته فإن كان الولد الميت صغيراً لحق بـه وورثه لأنـه لو كـان حياً لصار بدعواه لاحقاً به فكذلك بعد موته، وقال أبو حنيفة أن كان الولد موسـراً لم يلحق به لأنه متهم بادعائه لإرثه.

وهذا خطأ لأن الإقرار بالأنساب لا تؤثر فيها التهمة في الأموال ألا ترى لو أقر وهـو زمن فقير بابن صغير موسر لحق به ولا تكون التهمة في وجوب نفقته في مال الابن مانعة من صحة إقراره كذلك في ميراث الميت.

فأما إن كان الولد الذي ادعاه بعد موته كبيراً لم يلحق به لأنـه لو كـان حياً لم يلحق بـه لمجرد الدعوى حتى يقر به فكذا بعد الموت.

فهذا أحد ضربي الأنساب التي لا يتخللها وسيط في لحوقها واتصالها.

فصل: وأما الضرب الثاني من الأنساب وهي التي يتخللها وسيط في لحـوقها واتصـالها كالأخوة يصل الأب بين أنسابهم وكالجد الذي يصل الأب بينه وبين ابن الابن.

فإن كان الوسيط الواصل بين أنسابهم باقياً فلا اعتبار بإقرار من سواه وإن كان ميتاً اعتبر إقرار جميع ورثته في ثبوت نسب المدعي من عصبته أو ذي فرض رحم، وهل يعتبر فيه إقـرار الزوج والزوجة أم لا؟ على وجهين:

أحـدهما: وهـو مذهب البغـداديين يعتبر إقـرارهمـا في لحـوقـه لاستحقـاقهمـا الإرث كالمناسبين.

والوجه الثاني: وهو مذهب البصريين لا يعتبر إقرارهما في لحوقـه لأنه لاحق لهمـا في النسب فلم يعتبروا إقرارهما بالنسب.

وعلى هـذين الوجهين هـل يراعى فيمن ادعى أنـه أخ لأم تصديق الأخ لـلأب إذا كـان وارثاً؟ وفيمن ادعى أنه أخ لأب هل يراعى تصديق الأخ للأم إذا كان وارثاً؟

فعلى مذهب البغداديين يراعى تصديقـه في ثبوت النسب لكـونه وارثـاً، وعلى مذهب البصريين لا يراعى تصديقه لأنه لا نسب بينهما.

فإذا تقرر هذا فقد يكون بين أنساب المتداعيين وسيط واحد وقد يكون بينهما وسيطان وقد يكون بينهما ثلاثة وسائط وقد يكون بينهما أكثر، فيستدل على حكمه بما تقدم.

فإن كان بينهما وسيط واحد فكالإخوة فإذا ادعى رجل إخوته وأنه ابن أبيهم فمن شرط صحة هذه الدعوى عليهم مع ما ذكرنا من شروط دعوى النسب أن يكون الأب ميتاً، ثم يكون لحوقه معتبراً بإقرار ورثة الأب كلهم. فإن كان الأب قد ترك ابناً واحداً فصدق المدعي على نسبه ثبت نسبه، وإن ترك ابنين فصدقاه ثبت نسبه، وإن صدقه أحدهما لم يثبت، وإن ترك أباً وابناً فاجتمعا على تصديقه ثبت نسبه وإن صدقه أحدهما لم يثبت، وإن ترك بنتاً وأختاً فاجتمعا على تصديقه ثبت نسبه وإن صدقه أحدهما لم يثبت، وكذلك لو ترك بنتاً وأختاً وأختاً، ولو ترك أخاً واحداً فصدقه ثبت النسب لأن الأخ يحوز الميراث ولو ترك أختاً واحدة فصدقته لم يثبت نسبه لأن الأخت ترث النصف ولا تحوز الميراث والباقي بعده لبيت المال قال أبو حامد الاسفراييني رحمه الله فإن صدقه الإمام معها ثبت نسبه لأن الإمام في حق بيت المال نافذ الإقرار فصار إقراره مع الأخت إقراراً من جميع الورثة.

وهذا غير صحيح لأن الإمام لا يملك حق بيت المال فيثبت الإقرار ولا يتعين مستحقه من المسلمين فيراعى إقرارهم فيه فإن كان إقرار الإمام لبينة قامت عنده بنسبه فذلك حكم منه تثبت به النسب ولا يراعى فيه إقرار الأخت، وإن كان بغير بينة قامت به فإقراره لغو ونسب المدعي غير ثابت، ولو كان للأخت ولاء عتق على الميت فأقرت بالمدعي ثبت نسبه لأنها تحوز الميراث بالفرض والولاء.

وهكذا إقرار البنت إذا لم يكن معها ابن كإقرار الأخت إذا لم يكن معها أخ فلا يثبت النسب بإقرارها لأنها لا تحوز الميراث إلاَّ أن يكون لها على الأب ولاء فيثبت النسب بإقرارها لأنها تحوز الميراث كله بالفرض والولاء.

فلو كان الأب الميت مسلماً وترك ابنين مسلماً وكافراً فصدقه المسلم ثبت نسبه لأن الكافر غير وارث فلم يعتبر إقراره وسواء كان مدعي النسب مسلماً أو كافراً فلو أسلم الابن الكافر بعد موت أبيه فأنكر المدعي لم ينتف نسبه لأنه لم يكن وارث أبيه فلم يؤثر إنكاره.

ولو كان الأب الميت كافراً وترك ابنين مسلماً وكافراً فصدقه الابن الكافر ثبت نسبه لأنه وارث أبيه ولو صدقه المسلم لم يثبت نسبه لأنه ليس بوارث لأبيه.

وهكذا لو كان أحد الابنين حراً والآخر عبداً كان ثبوت النسب بإقرار الحر دون العبد لأن الحر وارث والعبد غير وارث، وإن عتق العبد بعد موت الأب لم يعتبر تصديقه ولا إنكاره لأنه لم يكن وارثاً. فلو كان أحد الابنين صغيراً أو معتوهاً فأقر البالغ العاقل منهما بنسب

المدعي لم يثبت نسبه لأنه أحد الوارثين حتى يبلغ الصبي ويفيق المعتوه فيقر به فيثبت نسبه، وهل يجب أن توقف حصة المقر به من حصة المقر أم لا؟ على وجهين

أحدهما: لا توقف كما في حصة الصغير لأن النسب لم يثبت.

والوجه الثاني: يوقف منه قدر حصته اعتباراً بصحة إقراره ما لم يبطل بإنكار أخيه.

فإن مات الصغير أو المعتوه قبل البلوغ أو الإفاقة روعي إقرار وارثه فإن كان وارثه الأخ المقر ثبت نسب المدعي بالإقرار السابق ولا يفتقر إلى إقرار ثان بعد موت الصغير والمعتوه.

فلو ترك ابنين بالغين عاقلين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر لم يثبت نسبه فإن مات المكذب فورثه المصدق ففي ثبوت نسبه وجهان:

أحدهما: قد ثبت نسبه لأن المصدق صار حائزاً للإرث كله.

والوجه الثاني: لا يثبت لأن تكذيب شريكه في الميراث مبطل للدعوى فصار كتكذيب الأب في حياته يكون مبطلاً لنسبه وإن كان أقر به الورثة بعده.

فصل: فلو ترك الميت ابناً واحداً فصدق المدعي ثبت نسبه فإن ادعى آخر أنه ابن الميت فإن صدقه الابنان الأول المعروف والثاني المقربه ثبت نسب الثالث وخرج الثاني من النسب إلا بتصديق الثالث لأنه صار بالتصديق ابناً فروعي إقراره في ثبوت النسب، ولو كان الثالث حين ادعى النسب أنكره الثاني لم يثبت نسب الثالث وكان الثاني على نسبه.

وهكذا القول في رابع وخامس لو ادعى نسب الميت فلو أقر الابن المعروف بأخوين في حالة واحدة لم يثبت نسبهما حتى يصدق كل واحد منهما صاحبه فيثبت حينئذ نسبهما فإن تكاذبا انتفيا. وإن صدق أحدهما صاحبه وأكذبه الآخر ثبت نسب المصدق منهما دون المكذب، ولو كانا على تكاذبهما فعاد الابن المعروف واستأنف الإقرار ثانية بأحدهما ثبت نسبه وكان نسب الثالث معتبراً بتصديق الثاني فأن صدقه ثبت نسبه وخرج الثاني من النسب إلا أن يصدق الثالث.

وإذا أقر الابن المعروف بتوأمين لم يعتبر تصديق أحدهما الآخر لأن نسب التوأمين واحد. ولو أقر الابن بأحد التوأمين ثبت نسبهما معاً لأن نسبهما لا يفترق فلو أنكر أحد التوأمين النسب الذي ادعاه أخوه وقد أقر الابن المعروف به نظر في إنكاره فإن لم يدع معه نسب إلى غيره لم يؤثر إنكاره ولحق نسبهما معاً بمن ادعاه أخوه لأن في إنكاره إبطال نسبه ونسب أخيه إلى غيره نسب يدعيه وإن ادعى مع إنكاره نسباً إلى غيره فصار أحد التوأمين مدعياً نسباً إلى رجل قد أقر به وارثه لم يجز أن يلحق واحد منهما بواحد من الرجلين لأن

نسب التوأمين لا يختلف ولحوق كل واحد منهما بمن ادعاه يوجب اجتذاب الآخر إليه فتمانعا لتعارضهما ووجب عرض ذلك على القافة ليحكموا فيهما بالشبه كما يحكمون عند تنازع الأبوين.

فهذا القول في المتداعيين إذا كان الوسيط في نسبهما واحداً.

فصل: فأما إذا توسط بين نسب المتداعيين اثنان يتصل النسب بهما فمثاله أن يقر رجل بابن أخ له فيكون بينه وبين أخيه اثنان. أحدهما أخوه الذي هو أب المقر به، والثاني أبوه الذي يجمعه وأخاه فإن كان أحد هذين الوسيطين باقياً لم يثبت نسب المقر به إلا بتصديقه لأنه إذا كان الأخ باقياً لم يلحق به ابن بغير إقراره، وإن كان الأب باقياً دون الأخ لم يلحق به ابن ابن بغير إقراره، وإن كان الأخ والأب الوسيطان بينهما في النسب ميتين نظر فإن كان هو الوارث لأخيه وحده ثبت نسب المقر به وصار ابن أخ للمقر وإن كان الأب هو وارث ابنه الذي هو أخ المقر نظر فإن كان هذا الأخ هو وارث ابنه وحده ثبت نسب ابن الأخ لأن ميراث الأخ قد أفضى إليه عن الأب، وإن كان معه في ميراث الابن غيره ممن يعتبر إقراره في النسب لم يثبت نسبه حتى يصدقه على إقراره من بقي من ورثة الأب لأنه بعض من أفضى إليه ميراث الأخ من الأب.

فصل: وإن توسط بين نسب المتداعيين ثلاثة يتصل بهم فمثاله: أن يقر رجل بابن عم فيكون بينهما ثلاثة: أبوان والجد، فإن كان أحد الثلاثة باقياً لم يثبت النسب بإقرار المتداعيين حتى يقر به الباقي من الثلاثة، وإن لم يبق من الثلاثة أحد نظر في حال وارث العم الذي أقر بأن المدعي ابن له فإنه لا يخلو من أحد ثلاثة أحوال:

إما أن يكون جده وارث عمه فورثه بأبوته.

أو يكون أبوه وارث عمه فورثه بالأخوة.

أو يكون هو وارث عمه فورثه بأنه ابن أخ له.

فإن كان هو وارث عمه ثبت نسب المقر به، وإن كان أبوه وارث عمه نظر: فإن لم يكن له شريك في ميراث أبيه ثبت نسب المقر به أيضاً لأن ميراث المقر به قد أفضى إليه عن أبيه. وإن كان له شريك في ميراث أبيه لم يثبت نسب المقر به إلا أن يصدقه على إقراره المشارك له في ميراث أبيه لأنه بعض من أفضى إليه ميراث العم، وإن كان جده وارث عمه فإن لم يكن لجده وارث غير أبيه ولا لأبيه وارث غيره، أو كان هو وارث جده لموت أبيه قبل جده ثبت نسب المقر به لأن ميراث عمه قد أفضى إليه عن أبيه ثم عن جده.

وإن كـان لجده وارث غيـر أبيه ولأبيـه وارث غيره لم يثبت نسب المقـر به إلا بتصـديق الباقين من ورثة الجد ثم بالمشـاركين له في ميـراث الأب. وإن كان لجـده وارث غير أنـه لم يكن لأبيـه وارث غيره اعتبـر في ثبوت النسب تصـديق البـاقين من ورثـة الجـد. وإن لـم يكن لجده وارث غير أبيه لكن كان لأبيه وارث غيره اعتبر في ثبوت النسب تصديق الباقين من ورثة أبيه.

على هذه العبرة يكون ثبوت الأنساب بالإقرار.

فصل: فإذا تقرر ما أوضحنا من ثبوت النسب بالإقرار انتقل الكلام إلى ميراث المقر بـه فنقول: لا يخلو حال من ثبت نسبه بالإقرار من أن يحجب المقر عن إرثه أو لا يحجبه.

فإن لم يحجبه ورث معه كابن الميت إذا أقر بأخ من أبيه صارا ابنين للميت فاشتركا في ميراثه، وكـان الميت إذا أقر بـابن لابنه الميت كـان المقر بـه ابناً لا يحجب الأب عن فـرضه فيـأخذ الأب فـرضه والابن مـا بقي بعده، وكـأخ الميت إذا أقر ببنت لأخيـه الميت ورثت منه فرضها وكان الباقي للأخ لا يحجب بها.

وإن كان المقر به يحجب المقر عن إرثه كأخ الميت إذا أقـر بابن لأخيـه الميت، وكابن الابن إذا أقر بابن لجـده لأن الابن يحجب الأخ ويحجب ابن الابن إلى غير ذلـك من نظائـره فإن المقر بـه لا يرث وإن ثبت نسبـه وعلة ذلك أن في تـوريثه حجبـاً للمقر عن إرثـه وحجب المقر عن إرثه موجب لرد إقراره ورد إقراره موجب لسقوط نسب المقـر به وسقـوط نسبه مـانع من إرثه فصار توريثه مفضياً إلى سقوط نسبه وميراثه فمنع من الميراث ليثبت له النسب لأن ما أفضى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره منع من ثبوته ليكون ما سواه على ثبوته.

ونظائر ذلك في الشرع كثيرة وسنذكر منها ما يوضـح تعليلها ويمهِّـد أصولهـا فمنها: أن يشتري الرجل أباه في مرضه فيعتق عليه ولا يرثه لأن عتقه وصية وتوريثـه مانـع من الوصيـة له والمنع من الوصيـة له مـوجب لبطلان عتقـه وبطلان عتقـه موجب لسقـوط إرثه فصـار توريثـه مفضياً إلى إبطال عتقه وميراثه فثبت عتقه وسقط ميراثه. ولو أوصى له بأبيه فمـذهب الشافعي يعتق ولا يرث، وقال أبو العباس بن سـريج يعتق ويـرث لأن عتقه لا يكـون وصية إذ الـوصية زوال ملك بغير بدل وهو لم يملك أباه، وهـذا خطأ لأن عتق الأب عليـه بعد ملكـه إياه ولـولا الملك لم يعتق فصار عتقه بعد الملك زوال ملك بغير بدل فكان وصية.

ومنها أن يوصي له بابنه وهو عبد فيموت قبـل قبولـه ويخلف أخاه فيقبله الأخ فـإنه يعتق ولا يرث لأن الابن لو ورثناه لحجب الأخ ولم يصح قبوله للوصيـة لأنه غيـر وارث فيعود الابن رقيقاً فأثبتنا عتقه وأبطلنا إرثه.

ومنها أن يعتق المريض أمته ثم يتزوجها فيصح نكاحها ويبطل ميراثها لأن عتقها وصية لو ورثت بطلت وبطلان الوصية بعتقها موجب لبطلان نكاحها وإرثها فثبت النكاح وسقط الإرث.

ومنها أن يتزوج الأمة التي أعتقها في مرضه على صداق مائة درهم وكان قيمتها حين أعتقها مائة درهم وخلف سواها مائتي درهم فيسقط ميراثها ومهرها. أما الميراث فلما ذكرنا من أنها وصية لوارث وأما مهرها فإنه يسقط لأنها إذا أخذته من التركة وهو مائة درهم لا يخرج قيمتها وهي مائة درهم من الثلث لأن التركة بعد الصداق يكون مع قيمتها مائتي درهم ثلثها: ستة وستون وثلثان، وهو في مقابلة ثلثي قيمتها فتوجب أن يعتق ثلثاها ويرق ثلثها وفي استرقاق ثلثها بطلان نكاحها لأنه لا يجوز أن يتزوج السيد أمة يملكها أو يملك شيئاً منها وبطلان النكاح موجب لبطلان صداقها فلذلك وجب أن يمنع الصداق ليخرج قيمتها من الثلث فيصح النكاح لما في دفعه من بطلان الصداق والنكاح.

ومنها أن يزوج أمته بعبد على صداق مائة درهم ثم يعتقها في مرضه وقيمتها مائة درهم ويخلف بعد موته مائة درهم فتصير التركة ثلاثمائة درهم مائة درهم قيمتها ومئة درهم صداقها ومائة درهم تركة سيدها فتعتق لخروج قيمتها من الثلث ولا يكون لها إذا عتقت تحت زوجها العبد خيار في فسخ نكاحه قبل الدخول لأن فسخها لنكاحه قبل الدخول سقط لصداقها فتصير التركة بعد الصداق مائتي درهم لا يخرج قيمتها من ثلثها فيرق بعضها لعجز الثلث ورق بعضها يمنعها من اختيار الفسخ فصار اختيارها للفسخ مفضياً إلى بطلان العتق والفسخ فأثبت العتق وأبطل الفسخ.

ومنها أن يعتق في مرضه عبدين لا مال له غيرهما فيدعي عليه رجل ديناً يحيط بقيمتهما فيشهد له المعتقان بدينه فلا تسمع شهادتهما لما في إثباتها من إبطال عتقهما ورد شهادتهما.

فصل: وإذ قد مضى شواهد تلك الأصول فلو خلف الميت أخاً فادعى مدع أنه ابن الميت فأنكره الأخ ونكل عن اليمين فردت اليمين على المدعي فحلف ثبت نسبه وفي ميراثه قولان مبنيان على اختلاف قوليه في يمين المدعي: هل تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار؟

أحدهما: أنها تجري مجرى إقرار المدعى عليه فعلى هذا لا ميراث للمدعي وإن ثبت نسبه بالبنوة كما لو أقر بنسبه لما فيه توريثه من حجبه.

والقول الثاني: أن يمينه بعد النكول تجري مجرى البينة فعلى هذا يرث الابن كما لو قامت بينة بنسبه.

فصل. وإذا أقر أحد الورثة بعد اقتسامهم التركة أو قبل القسمة بدين على مورثهم وأنكر باقي الورثة فإن كان المقر عدلاً جاز أن يشهد على شركائه من الورثة مع شاهد آخر أو امرأتين أو يمين المدعي ويحكم له على جماعتهم في التركة بجميع الدين، وإن لم يكن المقر منهم عدلاً حلف المنكرون من الورثة وبرئوا. وفي قدر ما يلزم المقر قولان:

أحدهما: وهو قول أبي حنيفة يلزمه جميع الدين في حصته لأن الدين قد يتعلق ببعض التركة إذا هلك بعضها كما يتعلق بجميعها واستحق قضاؤها من حصة المقر لأنه بعضها وقد فات القضاء من غيرها.

والقول الثاني: هو الأصح: أنه لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته منه لأمرين:

أحدهما: أنه لو لزمه جميع الدين لما قبلت شهادته به مع غيره لأنه يصير بالشهادة حينئذ دافعاً عن نفسه وفي قبول شهادته دليل على أنه لم يكن يلزمه إلا قدر حصته ليصح أن يكون بالباقي شاهداً على غيره.

والثاني: أن الإقرار كالشهادة والدين كالعين فلما استوى حال الشهادة في الدين والعين في التزامه منه بقدر حصته وجب أن يستوي حال إقراره بالدين والعين في التزامه منه بقدر حصته.

ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أن ما لزمه بالشهادة لزمه بالإقرار كالعتق والوقف.

والثاني: أن ما لزمه من العتق والوقف لزمه من الدين كالشهادة.

فصل: فعلى هذا لو كانت التركة ألفاً والورثة ابنين فأقر أحدهما بألف درهم ديناً لزمه منها على القولين خمسمائة درهم لأنها جميع حصته فلا يلزم أكثر منها ولو أقر أحدهما بخمسمائة فأحد القولين يلزمه جميعها وهي جميع حصته والقول الثاني يلزمه منها نصفها مئتان وخمسون.

فلو خلف ثلاثة بنين وترك ثلاثة آلاف درهم فأخذ كل واحد ألفاً وحضر رجل فادعى على أبيهم ثلاثة آلاف درهم فصدقه الأكبر على جميعها وصدقه الأوسط على ألفين وصدقه الأصغر على ألف منها، فعلى الأكبر جميع الألف وهي كل ما بيده لا يختلف وأما الأوسط المصدق على ألفين فأحد القولين يلزمه جميع الألف التي بيده والثاني يلزمه ثلثا الألف التي بيده وأما الأصغر المصدق على ألف فأحد القولين يلزمه جميع الألف التي بيده والثاني يلزمه ثلث الألف التي بيده.

فصل: فلو مات رجل عن ابن ولا وارث له غيره وخلف عبداً يساوي ألفاً لا مال له غيره فقال رجل: أوصى لي أبوك بثلث ماله، فلم يجبه حتى قال آخر: لي على أبيك ألف، فصدقهما معاً ولا بينة لواحد منهما كان لمدعي الوصية ربع العبد ولمدعي الدين ثلاثة أرباعه يباع في دينه لأنهما لما استويا في التصديق لهما بكلمة واحدة صار العبد مقسوماً على عبد وثلث وذلك أربعة أسهم: سهم للوصية وثلاثة أسهم للدين. ولو كان صدق مدعي الدين قبل مدعي الوصية صار العبد مستحقاً في الدين وبطلت الوصية، ولو صدق مدعي الوصية قبل مدعي الدين كان لصاحب الوصية ثلث العبد ولصاحب الدين ثلثاه يباع في دينه ولو قال العبد: أعتقني أبوك في صحته، وقال آخر لي على أبيك ألف وقيمة العبد ألف ولا مال له سواه فصدقهما معاً صار نصف العبد حراً ونصفه لصاحب الدين يباع في دينه، فلو كان سبق إقراره للعبد صار جميعه حراً ولا شيء لصاحب الدين ولو سبق إقراره لصاحب الدين صار له جميعه ولم يعتق شيء منه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ فِي الْمَرْأَةِ تَقْدُمُ مِنْ أَرْضِ الرُّومِ وَمَعَهَا وَلَدٌ فَيَدَّعِيهِ رَجُلٌ بِأَرْضِ الإِسْلَامِ أَنَّهُ ابْنُهُ وَلَمْ يَكُنْ يُعْرَفُ أَنَّهُ خَرَجَ إِلَى أَرْضِ الرُّومِ فَإِنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ادعى رجل من بلد الإسلام ولد امرأة قدمت من أرض الروم ولم نعلمه خرج إلى أرض الروم لحق به الولد ولا اعتبار بتصديق المرأة أو تكذيبها له لأنه لا حق لها في نسب المولود فلم يعتبر من جهتها التصديق أو التكذيب ما لم يدع نكاحها وإنما لحق به الولد وإن لم يعلم دخوله إلى أرض الروم لأن الأنساب يلحق بالإمكان وقد يمكن أن يكون دخل أرض الروم ولم يعلم به. ولو أحطنا علماً أنه لم يدخل أرض الروم فقد يمكن أن تكون المرأة قد دخلت قبل ذلك بلاد الإسلام ولم يعلم بها فصار اجتماعهما ممكناً فلحق به الولد مع الإمكان.

فصل: ولو تزوج رجل امرأة في مجلس حاكم ثم طلقها عقيب العقد في مجلسه فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً لم يلحق به.

وقال أبو حنيفة: يلحق به إن وضعته لستة أشهر سواء لأنها صارت بالعقد فراشاً. وهذا خطأ لأن امتناع الإمكان يمنع من لحوق النسب ومن المحال الممتنع في عقد يعقبه بحضرة القاضي طلاق أن يمكن فيه إصابة توجب لحوق الولد فانتفى.

فصل: ولو تزوج رجل بالمشرق امرأة بالمغرب فجاءت بعد العقد بولد لستة أشهر قال أبو حنيفة: يلحق به لأجل الفراش.

ونحن نعتبر الإمكان وإمكان اجتماعهما قبل ستة أشهر في موضع الولد محال فلم يلحق به.

وهكذا إن وضعته بعد العقد لأقل من ستة أشهر وقدر المسافة لم يلحق به، فأما إن وضعته بعد ستة أشهر وقدر المسافة يلحق به لأنه يمكن أن يكون قد اجتمع معها بأن سافر إليها سراً أو سافرت إليه سراً والأنساب تلحق بالإمكان فإن علم قطعا أنهما لم يجتمعا لم يلحق به الولد لتعذر الإمكان.

وقال أبو حامد الاسفراييني: يلحق به الولد لأنه قد يمكن أن يكون قد أنزل منياً في قطنة وأرسلها إليها فاستدخلت فعلقت منها فلحقه به لأجل هذا الإمكان وهذا مذهب شنيع وتعليل قبيح لأنه وطء وإحبال بالمراسلة والله المستعان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَتْ لَهُ أَمَتَانِ لَا زَوْجَ لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا فَوَلَدَتَا وَلَدَيْنِ فَأَقَرَّ السَّيِّدُ أَنَّ أَحَدُهُمَا ابْنُهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَمَاتَ أريتهما القافة فَأَيُّهُمَا أَلْحَقُوهُ بِهِ جَعَلْنَاهُ ابْنَهُ وَوَرَّثْنَاهُ مِنْهُ وَجَعَلْنَا أَمَّهُ أُمَّ وَلَدٍ وَأَوْقَفْنَا ابْنَهُ الآخَرَ وَأُمَّهُ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَافة لَمْ تَجْعَلْ وَاحِداً مِنْهُمَا ابْنَهُ وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا فَأَيُّهُمَا خَرَجَ سَهْمُهُ أَعْتَقْنَاهُ وَأُمَّهُ وَأَوْقَفْنَا الآخَرَ وَأُمَّهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل له أمتان لكل واحدة منهما ولد، قال: أحد هذين ابني فتأثير إقراره معتبر بشرطين:

أحدهما: أن لا يكون لهما زوج فإن ذات الزوج ولدها لا حق به.

والثاني: أن لا تعلم إحداهما فراشاً للسيد بالإصابة لأنهما إذا صارت فإذا وجد الشرطان فصورة المسألة في تأثير إقراره. وله في الأم ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يقول وطئتها في ملكي.

والثانية: أن يقول وطئتها في غير ملكي.

والثالثة: أن يطلق.

فيؤخذ بعد إقراره ببيان ولده منهما فإذا أبان أحدهما ثبت نسبه وصار حراً وصارت أمه أم ولد تعتق بموته إن أقر أن الوطء حصل وهي في ملكه، وإن أقر بوطئها في غير ملكه كانت أمة. وإن أطلق سئل وعمل على قوله منها.

فإن مات قبل البيان سئل وارثه فإن كان عنده بيان عمل عليه وكان على ما ذكرناه من بيانه في ثبوت النسب ولحوق الولد وكون أمته أم ولد إن أقر بوطئها في ملكه وإن أقر أنه وطئها

في غير ملكه فهي أمة لا تعتق بموت السيد ولكن تعتق بعد موته بميراث الابن لها لأن من ملك أمه عتقت عليه. وإن لم يكن عند الوارث بيان وجب أن يرجع إلى بيان القافة إن وجدوا لما في قولهم من تمييز الأنساب المشتبهة فإذا بينوا أحدهما لحق به وصار حراً وعتقت أمه بموت السيد إن كانت أم ولد بإقراره، أو يملكها ابنها أن جعلت أمه بوطئها في غير ملك. وإن أطلق ففي ظاهر إطلاقه وجهان:

أحدهما: الإصابة في الملك فتكون أم ولد.

والثاني: في غير الملك ليستديم لها حكم الرق.

فإن جعلت أم ولد عتقت على السيد بموته. وإن جعلت أمة عتقت على الابن بملكه وكان الولد الآخر وأمه مملوكين.

واستدلال القافة في إلحاق أحدهما بالمقر بعد موته يكون من وجوه ثلاثة:

إما أن يكونوا عارفين بالمقر فيستدلوا بما قد عرفوه من شبهه بالولد.

وإما أن لا يعرفوه فيتعجلوا النظر إليه قبل دفنه.

وإما أن يفوتهم ذلك فيستدلوا بشبه عصبته.

فإن لم يكن في القافة بيان لعدمهم أو لاشتباه الأمر عليهم فقد فات ما يستدلون به من لحوق النسب وهو أحد أحكام الولد لأن له أحكاماً ثلاثة:

أحدهما: ثبوت النسب.

والثاني: الحرية.

والثالث: الميراث.

فإذا انتفى ثبوت النسب سقط الميراث لأنه لا يجوز أن ينفرد عن النسب وتثبت الحرية التي تجوز أن تنفرد عن النسب ويمكن تمييزها بالقرعة إذا فات البيان بالقافة فيقرع حينئذ بين الولدين فإذا قرع أحدهما صار حراً ولم يثبت نسبه وقال أبو علي بن خيران: فيصير بالقرعة ولداً حراً لأن الحرية تثبت له بالولادة فلا يجوز أن يرتفع أصلها ويبقى حكمها. وهذا خطأ لأن القرعة لا تدخل في تمييز الأنساب المشتبهة وتدخل في تمييز الحرية المشتبهة ألا ترى أن تنازع رجلين في ولد يمنع من الإقرار بينهما في نسبه، وإشكال الحرية بين عبدين يوجب دخول القرعة بينهما في حريته وصارت القرعة ههنا في إثبات أحد الحكمين بمثابة الشاهد والمرأتين في السرقة في ثبوت الغرم دون القطع ثم إذا عتق أحد الولدين بالقرعة نظر حال أمه فإن كان قد أقر بوطئها في ملكه عتقت لكونها أم ولد ثم يجري عتقها بموت السيد وإن كان قد

أقر بوطئها في غير ملكه فهي مرقوقة لا تعتق على الولد لأن الولد لم يرث فتعتق عليه بملكه، وإن كان قد أطلق إقراره فعلى وجهين:

أحدهما: قد صارت له أم ولد فعتقت عليه بموته.

والثاني: أنها أمة لورثته.

وأما الولد الآخر وأمه فعلى رقهما والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسَمِعْتُ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: لَوْ قَالَ عِنْدَ وَفَاتِهِ لِثَلَاثَةِ أَوْلَادٍ لِأَمَتِهِ أَحَدُ هَؤُلَاءِ وَلَدِي وَلَمْ يُبَيِّنْ وَلَهُ ابْنٌ مَعْرُوفٌ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ عُتِقَ وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ نَسَبٌ وَلَا مِيرَاثٌ وَأُمُّ الوَلَدِ تُعْتَقُ بِأَحَدِ الثَّلَاثَةِ (قَالَ المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ يَلْزَمُهُ عَلَى أَصْلِهِ المَعْرُوفِ أَنْ يَجْعَلَ لِلابْنِ المَجْهُولِ مُوَرَّثاً مَوْقُوفاً يَمْنَعُ مِنْهُ الابْنَ المَعْرُوفِ وَلَيْسَ جَهْلُنَا بِأَيِّهَا الابْنُ جَهْلاً بِأَنَّ فِيهِمُ ابْنَاً وَإِذَا عَقَلْنَا أَنَّ فِيهِمُ ابْنَا فَقَدْ عَلِمْنَا أَنَّ لَهُ مُوَرَّثَ ابْنٍ وَلَوْ كَانَ جَهْلُنَا بِأَيِّهِمْ الابْنُ جَهْلاً بِأَنَّ فِيهِمُ ابْنَا لجَهْلِنَا بِذَلِكَ أَنَّ فِيهِمْ حُرّاً وَبِيعُوا جَمِيعاً وَأَصْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَوْ طَلَّقَ نِسَاءَهُ إِلَّا وَاحِدَةٍ ثَلَاثاً ثَلَاثاً وَلَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهُ يُوقِفُ مُوَرَّثَ وَاحِدَةَ حَتَّى يَصْطَلِحْنَ وَلَمْ يَجْعَلْ جَهْلَهُ بِهَا جَهْلاً بِمُوَرَّثِهَا وَهَذَا وَذَاكَ عِنْدِي فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَقُولُ أَنَا فِي الثَّلَاثَةِ الأَوْلَادِ إِنْ كَانَ الأَكْبَرُ هُوَ الابنَ فَهُوَ حُرٌّ وَالأَصْغَرُ وَالأَوْسَطُ حُرَّانِ بِأَنَّهُمَا ابْنَا أُمِّ وَلَدٍ وَإِنْ كَانَ الأَوْسَطُ هُوَ الابْنَ فَهُوَ حُرٌّ وَالأَصْغَرُ حُرٌّ بِأَنَّهُ ابْنُ أُمِّ وَلَدٍ وَإِنْ كَانَ الأَصْغَرُ هُوَ الابْنَ فَهُوَ حُرٌّ بِالبُنُوَّةِ فَالأَصْغَرُ عَلَى كُلِّ حَالٍ حُرٌّ لَا شَكَّ فِيهِ فَكَيْفَ يُرَقُّ إِذَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ القُرْعَةُ بِالرِّقِّ وَتُمْكِنُ حُرِّيَّةُ الأَوْسَطِ فِي حَالَيْنِ وَيَرِقُّ فِي حَالٍ وَتُمْكِنُ حُرِّيَّةُ الأَكْبَرِ فِي حَالٍ وَيَرِقُّ فِي حَالَيْنِ وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَا رَقِيقَيْنِ لِلابْنِ المَعْرُوفِ وَالابْنِ المَجْهُولِ نِصْفَيْنِ وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الابْنُ هُوَ الأَكْبَرُ فَيَكُونَ الثَّلَاثَةُ أَحْرَاراً فَالْقِيَاسُ عِنْدِي عَلَى مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ أَنْ أُعْطِيَ اليَقِينَ وَأُقِفَ الشَّكَ فَلِلابْنِ الْمَعْرُوفِ نِصْفُ المِيرَاثِ لِأَنَّهُ وَالَّذِي أَقَرَّ بِهِ ابْنَانِ فَلَهُ النِّصْفُ وَالنِّصْفُ الآخَرُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يُعْرَفَ أَوْ يَصْطَلِحُوا وَالقِيَاسُ عَلَى مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ الوَقْفُ إِذَا لَمْ أَدْرِ أَهُمَا عَبْدَانِ أَوْ حُرَّانِ أَمْ عَبْدٌ وَحُرٌّ أَنْ يُوقَفَا وَمُوَرَّثُ ابْنٍ حَتَّى يَصْطَلِحُوا».

قال الماوردي: وصورتها في سيد أمة لها ثلاثة أولاد قال في مرض موته: أحد هؤلاء الثلاثة ابني فلا يخلو حاله في الأم عند هذا القول من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يقول: وطئت أمه في ملكي.

والثاني: أن يقول: وطئتها في غير ملكي.

والثالث: أن يطلق.

فإن قال وطئتها في غير ملكي لم تصر له أم ولد وأخذ ببيان الولد فإن قال: هو الأكبر، لحقه وحده وصار حراً يرثه ورق الأوسط والأصغر. وإن قال: هو الأوسط لحقه وحده وصار حراً يرثه ويرق الأكبر والأصغر.

وإن قال: هو الأصغر، لحقه وحده وصار حراً يرثه ورق الأكبر والأوسط.

فصل: فإن كان قال: وطئتها في ملكي، صارت بهذا القول أم ولد وأخذ ببيان الولد فإن قال: هو الأكبر لحقه به وصار حراً وارثاً، وهل يلحق به الأوسط والأصغر على وجهين:

أحدهما: يلحقان به أيضاً مع الأكبر ويصير الثلاثة كلهم أولاداً يرثونه لأنها بالأول صارت فراشاً فلحق به كل ولد جاءت به من بعده وخالف حكم قوله: وطئتها في غير ملكي لأن عقد النكاح الذي أصابها فيه في غير ملكه قد ارتفع بحدوث ملكه فارتفع الفراش به، وإن أقر بإصابتها في الملك فالفراش باق لبقاء الملك.

والوجه الثاني: أن الأكبر لاحق به دون الأوسط والأصغر لاحتمال أن تكون وضعت الأول في ملكه ثم بيعت عليه في رهن فولدت الأوسط والأصغر من زوج ثم اشتراها والولدين معها تكون قد زوجها على ملكه بعد شرائها فجاءت بالولدين من زوجها فصار لحوقهما به شكاً على تجويز مترجح والأنساب لا تلحق بالشك والتجويز فعلى هذا الوجه هل يكونان في حكم أم الولد يعتقان بموت السيد؟ على وجهين:

أحدهما: صارا في حكمها يعتقان بالموت لأنهما ولدا أم ولد.

والوجه الثاني: أنهما على الرق لا يعتقان بموت السيد لجواز أن يكونا من زوج بعد بيعها عليه في الرهن ثم ابتاعهما مع الأم فصارت الأم له أم ولد ولم يصر الولدان في حكم أم الولد لأنها ولدتهما في حال لم تكن فيها أم ولد ولا يجوز إثبات حرية بالشك كما لا يجوز إثبات نسب بالشك.

فهذا حكم بيانه في الابن الأكبر.

أما لو قال: ولدي من الثلاثة هو الأوسط، فالأوسط لاحق به والأكبر على الرق لا يلحق به. وفي لحوق الأصغر به وجهان على ما ذكرنا:

أحدهما: هو لاحق به.

والثاني: لا يلحق به.

وفي حريته بموت السيد وجهان.

وإن قال: ولدي من الثلاثة هو الأصغر لحق به وحده ورق الأكبر والأوسط.

فصل: وإن أطلق ذكر الأم حين أقر بالولد بعد تعيينه حتى فات بيانه بالموت ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: لا تصير أم ولد له استصحاباً لحكم الرق فإنه لا يجوز إثبات حرية بالشك، فعلى هذا لا يلحق به إلا الولد الذي بينه وحده سواء بين الأكبر أو الأصغر منهم ويكون الآخران على رقهما.

والوجه الثاني: أنها تصير أم ولد اعتباراً بالظاهر من حال الفراش أنه ثابت النسب الموجود من الملك دون ما لا يعرف له سبب من نكاح فعلى هذا يكون الجواب على ما مضى لو أقر أنه وطئها في ملكه.

فهذا الكلام فيه إذا استدرك من جهته بيان الولد الذي أقر به.

فصل: فأما إن فات من جهته بيان الولد الذي أقر به وجب أن يرجع إلى بيان القافة الذي يتميز بقولهم ما اشتبه من الأنساب، ولم يذكر القافة فيما نقله المزني إما بحذف الكاتب إياه وإما لاختصار المزني له تعويلاً على ما قد عرف من مذهبه من ذكر القافة، فإن كان قد أقر أنه وطئها في غير ملكه فإن ألحقت القافة به أحد الثلاثة لحق به ورق من سواه وكانت الأم أمة تعتق على الابن بإرثه لها وإن ألحقت القافة به اثنين من الثلاثة لم يلحقا به لأنه قد أقر بواحد منهم وخرج من نفته القافة منهم أن يكون من حكمهم وصار حكم النسب متردداً بين الاثنين من غير أن يتعين نسب أحدهم ولا يستفاد بهذه القافة إلا خروج نسب المنفي منهم والحكم برقه من بينهم. وإن ألحقوا الثلاثة به فلا بيان فيهم وإن كان قد أقر بوطئها في ملكه فإن ألحقوا به أحدهم لحق به وهل يتبعه من دونه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يتبعه ويرق.

والثاني: يتبعه.

فعلى هذا إن ألحقوا به الأكبر تبعه الأوسط والأصغر في الحرية وثبوت النسب وصار الثلاثة له أولاداً يرثونه. وإن ألحقوا به الأوسط تبعه الأصغر فلحقا به معاً، وكان الأكبر مملوكاً. وإن ألحقوا به الأصغر لحق به وحده دون الأكبر والأوسط. ولو ألحقت القافة به ابنين منه فعلى الوجه الأول: لا يثبت نسبهما لكن يخرج المنفي عنهما ويصير مملوكاً ويتردد النسب بين الاثنين، وعلى الوجه الثاني: يلحق به الاثنان معاً فعلى هذا إن ألحقوا به الأكبر والأوسط لحقا به مع الأصغر أيضاً وكان تبعاً لهما، وإن ألحقوا به الأكبر والأصغر لحقا به مع

الأوسط وكان تبعاً للأكبر وإن ألحقوا به الأوسط والأصغر لحقا به معاً لا غير ورق الأكبر وحده. ولو ألحقت القافة به الثلاثة لحقوا به.

فصل: وإن فات البيان من جهة القافة لعدمهم أو لإشكال الشبه عليهم فإن كان إقراره بالوطء في غير ملكه فهي على الرق ولا يثبت نسب واحد منهم لفوات بيانه لكن يقرع بينهم تمييزاً لحرية أحدهم. فإذا أقرع أحدهم عتق وحده ورق الآخران وهذا مما لم يختلف فيه المزني وسائر أصحابنا.

وإن كان إقراره بالوطء في ملكه ففي ثبوت نسب الأصغر وجهان:

أحدهما: يثبت نسبه إذا قيل أن ثبوت نسب أحد الثلاثة ببيان المقر أو القافة يوجب ثبوت نسب أحد الثلاثة من دونه لأن الأصغر على هذا الوجه ثابت النسب في الأحوال كلها لأنه إن كان الأكبر هو الابن تبعه الأوسط والأصغر وإن كان الأوسط هو الابن تبعه الأصغر، وإن كان الأصغر، ثبت نسبه وحده وصار الأصغر في الأحوال كلها ولداً ثابت النسب وارثاً. قال أبو العباس بن سريج وهذا مذهب المزني وإنما حذفه الكاتب من كلامه.

فعلى هذا تسقط القرعة بين الآخرين ويرقان.

والوجه الثاني: أن نسب الأصغر لا يثبت إذا قيل إن ثبوت نسب أحدهم لا يوجب ثبوت نسب من سواه، فعلى هذا: هل يعتق الأصغر أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يعتق إذا قيل: أن ثبوت نسب أحدهم يجعل من دونه ولد أم ولد، فعلى هذا تسقط القرعة بين الأخوين ويرقان.

والثاني: أنه لا يعتق إذا قيل: أن ثبوت نسب أحدهم لا يجعل من دونه ولد أم ولد فعلى هذا يقرع بين الثلاثة فيعتق أحدهم بالقرعة تمييزاً للحرية فإذا أقرع أحدهم عتق وحده ورق ما سواه والأم حرة في الأحوال كلها لأنها أم ولد بأحد الثلاثة ولا يرث من عتق بالقرعة لأن نسبه لم يثبت.

فأما ميراث المقر فالمسألة مصورة: أن المقر ترك مع الثلاثة ابناً معروفاً فهل يوقف من التركة شيء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يوقف وهو مذهب المزني وطائفة من أصحابنا لما ذكره المزني من أنه ليس جهلنا بأيهم الابن جهلا بأن فيهم ابناً كمن طلق ثلاثاً من نسائه وقف ميراث زوجة ولا يكون جهلنا بأيهم الزوجة جهلاً بأن فيهم زوجة وتأولوا قول الشافعي: «ولا ميراث» يعني لمن عتق بالقرعة لا أنه أراد ترك وقفه.

والوجه الثاني: أنه لا يوقف من التركة شيء لفوات البيان بما يستدرك به من المقر في حياته ومن القافة من بعده ولا يكون علمنا بأن فيهم ابناً موجباً لوقف ميراثه عند فوات البيان كالعربي إذا مات مجهول العصبة لا يوقف ميراثه إذا مات وإن علمنا أن له في العرب عصبة وكان الجهل بأقرب عصبته مسقطاً لحكم عصبته، ولأنه لو جاز أن يوقف بعض التركة لأن في الثلاثة ابناً لجاز أن يوقف من ميراث من مات من الثلاثة لأن فيهم ابناً لأن من كان وارثاً كان موروثاً، فأما وقف ميراث الزوجة المجهولة من الأربع فواجب والفرق بينهما: أننا في الزوجات على يقين من ثبوت الزوجة ووقف الميراث لهن، ولسنا على يقين من ثبوت النسب فلم يقف الميراث بينهم.

فإذا تقرر هذان الوجهان فإن قلنا بسقوط الوقف وتعجيل القسمة نظر فإن حكم بثبوت نسب الأصغر في أحد الوجهين فالتركة بينه وبين الابن المعروف وإن لم يحكم بثبوت نسبه كانت التركة كلها للابن لمعروف.

وإن قلنا يوقف الميراث، وقف نصف التركة وكان نصفها للابن المعروف أن لم يحكم بثبوت نسب الأصغر. فإن حكم بثبوت نسبه كان بينهما.

وهكذا وقف الميراث فيما تقدم من ولد إحدى الاثنتين على ما ذكرنا من هذين الوجهين والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ أَنَّهُمْ لَا يَعْرِفُونَ لَهُ وَارِثاً غَيْرَ فُلَانٍ إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ المَعْرِفَةِ البَاطِنَةِ وَإِنْ قَالُوا بَلَغَنَا أَنَّ لَهُ وَارِثاً غَيْرَهُ لَمْ يُقَسَّمِ المِيرَاثُ حَتَّى يَعْلَمَ كَمْ هُوَ فَإِنْ تَطَاوَلَ ذَلِكَ دُعِيَ الوَارِثُ بِكَفِيلٍ لِلْمِيرَاثِ وَلَا نُجْبِرُهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ادعىٰ رجل ميراث ميت وشهد له شاهدان باستحقاق ميراثه لم تسمع الشهادة منهما حتى يذكر أن ما استحق به ميراثه من سبب أو نسب لاختلاف الفقهاء في المواريث المستحقة والأحق بها من الورثة فإذا شهدا بما يصير به وارثاً من نسب أو سبب يستحق به فرضاً أو تعصيباً لم يخلو حال شهادتهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتضمن إثبات ميراث المدعي ونفي ميراث غيره.

والثاني: أن يتضمن إثبات ميراثه وميراث غيره.

والثالث: أن يتضمن إثبات ميراثه ولا يتضمن ذكر غيره في إثبات ولا نفي.

فأما القسم الأول وهو أن يتضمن إثبات ميراثه ونفي ميراث غيره فصورته أن يقول الشاهدان: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان الميت وأن الميت لا نعلم له وارثاً غيره فيصيران

شاهدين بإثبات ونفي. أما الإثبات فشهادتهما به على البت والقطع، وهي مقبولة سواء كانا من أهل المعرفة الباطنة بالميت أم لا لأنهما قد يصلان إلى العلم به كما يصل إليه من كان من خلطائه، وأما النفي فشهادتهما على العلم دون البت والقطع لأنه لا يوصل إلى نفسه وإنما يعلم من غالب أحواله، وتصح الشهادة على النفي إذا كان تبعاً للإثبات ولا تصح على نفي مجرد وهي ههنا تبعاً للإثبات فصحت ألا ترى إلى ما روي عن علي رضي الله عنه قال: ما كان يحجز رسول الله ﷺ عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة.

فصح نفيه لما اقترن بإثبات وإذا صحت الشهادة على النفي تبعاً للإثبات اعتبر حال الشاهدين به. فإن كانا من أهل المعرفة الباطنة بالميت قبل شهادتهما في النفي والإثبات معاً ودفع المال للمشهود له. ألا ترى أن علياً كان من أهل المعرفة الباطنة برسول الله ﷺ فصح أن يشهد عليه بالنفي تبعاً للإثبات في أنه لم يكن يحجزه عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة.

وإن لم يكن الشاهدان من أهل المعرفة الباطنة بالميت ولا ممن خبر جميع أحواله في حضره وسفره لم تقبل شهادتهما على النفي لوارث غيره لأنه قد يجوز أن يكون فيما خفي عليهما من حاله نسب لم يعلما به ولا يكون ذلك قد خالف ما شهدا به من الإثبات فتعتبر الشهادة بها بإثبات مجرد على ما سنذكره فهذا قسم.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن تتضمن الشهادة إثبات ميراثه وميراث غيره فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يثبتا ميراث غيره إثبات شهادة.

والثاني: أن يثبتا ميراث غيره إثبات خبر.

فإن كان إثبات شهادة فصورته أن يقول: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان الغائب يرثانه بوجه كذا فإن وصلا الشهادة بأن قالا: لا وارث له غيرهما تمت إذا كانا من أهل المعرفة الباطنة ودفع إلى الحاضر حقه من التركة على فرائض الله تعالى، ووقف للغائب حقه منها. وإن لم يقولا: لا وارث له غيرهما صارت شهادة بإثبات ميراث الحاضر والغائب من غير نفي الميراث عن غيرهما فيكون على ما سنذكره.

وإن كان ما ذكره الشاهدان من ميراث غيره إثبات خبر لا شهادة فصورته أن يقولا: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان ونعلم أن له وارثاً غيره فيكون ذلك أو بلغنا أن له وارث خيراً منهما يوجب على الحاكم الاحتياط والكشف من غير أن ينفذ فيه حكم الإثبات والقطع. وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الحاضر من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن لا يسقط بغيره وله فرض مقدار.

والثاني: أن يكون ممن لا يسقط بغيره وليس له فرض مقدر.

والثالث: أن يكون ممن قد يسقط بغيره.

فإن كان ممن لا يسقط بغيره وله فرض مقدر وجب أن يدفع إليه أقل فرضيه وتوقف الزيادة عليه وإن كان أباً دفع إليه السدس معولاً وكذا الأم وإن كان زوجاً دفع إليه الربع معولاً، وإن كانت زوجة دفع إليها ربع الثمن معولاً لجواز أن يكن أربعاً.

وإن كان الوارث ممن لا يسقط بغيره وليس له فرض مقدر كالابن وبمثابته البنت لم يجز أن يتعجل من التركة شيئاً لأن الكل قد لا يستحقه لجواز أن يوجد من يحجبه عن بعضه وفي دفع بعضه لا تقدر حكم بجهالة فوجب منعه من جميع التركة ليقع الكشف فإذا كشف الحاكم مع تطاول الزمان فلم يعلم وارثاً غيره وطلب الميراث وجب دفعه إليه بها لأننا على يقين من استحقاقه وفي شك من مشاركة غيره.

وإن كان الوارث ممن قد يسقط بغيره كالأخ والجد وجب أن يمنع من جميعها قبل الكشف لما ذكرنا، وهل يجوز أن يدفع إليه بعد الكشف وعدم ظهور غيره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة يمنع ما لم تقم البينة على أنه لا وارث له غيره لأننا على شك من ميراثه.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حامد الاسفراييني ومتأخروا أصحابنا: أنه يدفع إليه الميراث ولا يمنع لأننا على يقين من كونه وارثاً وعلى شك بعد الكشف من أن يجد له ممن نراه مسقطاً أو مشاركاً. فهذا قسم.

فصل: وأما القسم الثالث وهو أن تتضمن الشهادة إثبات ميراثه والإمساك عن غيره بإثبات أو نفي. فصورته أن يقولا: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان بوجه كذا فإن كان ذا فرض لا يحجب عنه دفع إليه أقل فرضيه وكان الباقي منه موقوفاً على الكشف وإن لم يكن ذا فرض منع من التركة حتى يقع الكشف ثم يدفع إليه بعد الكشف وعدم ظهوره غيره سواء كان ممن يسقط بغيره أم لا، لأننا على يقين من كونه وارثاً وعلى إياس من أن يوجد له مشارك ولم يكن وهي كالقسم الذي قبله لأن هناك أخبر الشاهدان بغيره فجاز أن يمنع المحجوب بعد الكشف لأجل هذا الخبر في أحد الوجهين مع ضعفه وإذا أوجب دفع التركة إليه فينبغي للحاكم أن يأخذ منه كفيلاً بالميراث خوفاً من ظهور مسقط عنه أو شريك فيه.

قال الشافعي رضي الله عنه: هاهنا لا أجبره وقال في الدعوى والبينات أنه يجبر على كفيل فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النصين، فقال: بعضهم هو على اختلاف قولين:

أحدهما: أن الكفيل استحباب ولا نجبر عليه، لأنه إن كان مستحقاً له لم يلزمه دفع كقول به وإن كان غير مستحق لم يجبر أن يدفع إليه بسببه ليؤخذ كفيلاً به.

والقول الثاني: أن الكفيل واجب ويمنع حتى يدفع كفيلاً به لأننا لسنا على يقين من استحقاقه وإنما دفعنا إليه تغليباً لحاله مع تجويز غائب يلزم الاحتياط له.

وقال آخرون: بل ليس ذلك على قولين وإنما هو على اختلاف حالين فنصه هاهنا على أنه لا يجبر إذا كان ممن لا يسقط ونصه في الدعوى على أنه يجبر إذا كان ممن يسقط.

وقال آخرون: على غير هذا الوجه من اختلاف الحالين فنصه على الإجبار إذا كان غير ثقة، ونصه على عدم الإجبار إذا كان ثقة. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ قَالُوا لَا وَارِثَ غَيْرُهُ قُبِلَتْ عَلَى مَعْنَى لَا نَعْلَمُ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُمْ عَلَى الإِحَاطَةِ كَانَ خَطَأً وَلَمْ أَرُدَّهُمْ بِهِ لِأَنَّهُ يَؤُولُ بِهِمْ إِلَى الْعِلْمِ».

قال الماوردي: إذا شهدوا بعد إثبات الوارث بنفي غيره فينبغي أن تكون شهادتهم به على العلم فيقولوا: لا نعلم له وارث غيره؛ لأنهم يشهدون فيه بظاهر لا يصلون إلى يقينه، فإن شهدوا قطعاً فقالوا: لا وارث له غيره فقد قال أبو حنيفة: شهادتهم مردودة؛ لأن ما شهدوا به من القطع مستحيل، وقال ابن أبي ليلى: لا تصح الشهادة إلا هكذا، ولا أقبلها على العلم لما فيها من الحدس والظن، وكلا القولين عندنا خطأ، وشهادتهم على ذلك صحيحة؛ لأن استحاله اليقين فيه تمنع من القطع به بخلاف ما قال ابن أبي ليلى وهو يؤول إلى من قطع به إلى العلم كما قالت عائشة رضي الله عنها: ما ترك رسول الله ﷺ ديناراً ولا درهماً تعني في علمها، فصح ذلك بخلاف ما قال أبو حنيفة والله أعلم بالصواب.

كِتَابُ الْعَارِيَةِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ عَارِيَةٍ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ وَإِنْ تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ،اسْتَعَارَ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ صَفْوَانٍ سِلاَحَهُ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ «عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ»(1) وَقَالَ مَنْ لاَ يَضْمَنُ الْعَارِيَةَ فَإِنْ قُلْنَا إِذَا اشْتَرَطَ الْمُسْتَعِيرُ الضَّمَانَ ضَمِنَ قُلْتُ إِذاً تَتْرُكُ قَوْلَكَ قَالَ وَأَيْنَ؟ قُلْتُ مَا تَقُولُ فِي الْوَدِيعَةِ إِذَا اشْتَرَطَ الْمُسْتَوْدِعُ أَوِ الْمُضَارِبُ الضَّمَانَ أَهُوَ ضَامِنٌ؟ قَالَ لاَ يَكُونُ ضَامِناً قُلْتُ فَإِنِ اشْتَرَطَ عَلَى الْمُسْتَسْلِفِ أَنَّهُ غَيْرُ ضَامِنٍ أَيَبْرَأُ؟ قَالَ لاَ قُلْتُ وَيَرُدُّ مَا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ إِلَى أَصْلِهِ وَمَا كَانَ مَضْمُوناً إِلَى أَصْلِهِ وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ فِيهِمَا؟ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ تَقُولَ فِي الْعَارِيَةِ وَكَذَلِكَ شَرَطَ النَّبِيُّ ﷺ وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ لِمَا لاَ يُضْمَنُ قَالَ فَلِمَ شَرَطَ؟ قُلْتُ لِجَهَالَةِ صَفْوَانٍ بِهِ لأَنَّهُ كَانَ مُشْرِكاً لاَ يَعْرِفُ الْحُكْمَ وَلَوْ عَرَفَهُ مَا ضَرَّهُ شَرْطُهُ لَهُ قَالَ فَهَلْ قَالَ هَذَا أَحَدٌ قُلْتُ فِي هَذَا كِفَايَةٌ وَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَأَبُو هُرَيْرَةَ إِنَّ الْعَارِيَةَ مَضْمُونَةٌ».

قال الماوردي: وأما العارية فهي عقد معونة وإرفاق جاءَ الشرع بها وَنَدَبَ الناس إليها قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: 2] والعارية من البر. قال تعالى: ﴿لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِن نَجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: 114]. والعارية من المعروف وقال تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: 7].

وروى ابن أبي النجود عن شقيق عن عمر بن مسعود رضي الله عنه قال كُنَّا نَعُدُّ الْمَاعُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَارِيَةَ الدَّلْوِ وَالْقِدْرِ(2). واختلف المفسرون في الماعون على خمس تأويلات أحدها ما قاله ابن مسعود والثاني أنه المعروف. وهذا هو قول محمد بن

---

(1) أخرجه أبو داود (3562) والحاكم في المستدرك 2/47 والبيهقي في السنن الكبرى 6/89 وأحمد في المسند 3/401، 6/465.

(2) أخرجه أبو داود 2/124 (1657) وعزاه الهيثمي في المجمع لأبي داود والبزار والطبراني في الأوسط وقال: ورجال الطبراني رجال الصحيح وانظر شرح السنة 4/366 (بتحقيقنا).

كعب القرظي. والثالث أنه المال بلسان قريش وهذا قول ابن المسيب والزهري والرابع أنه الزكاة وهو قول علي وابن عمر رضي الله عنهما ومنه قول لبيد الراعي:

قَوْمٌ عَلَى الإِسْلَامِ لَمَّا يَمْنَعُوا ... مَاعُونَهُمْ وَيُضَيِّعُوا التَّهْلِيلَا[1]

والخامس أنه المنافع وهو قول أبي جعفر الحميري استشهد عليه بقول أعشى بن ثعلبة:

بِأَجْوَدَ مِنْهُ بِمَاعُونِهِ ... إِذَا مَا سَمَاؤُهُم لَمْ تَغِمْ

وروى إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم قال سمعت أبا أمامة الباهلي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ مضمون وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ. وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «مَا مِنْ صَاحِبِ إِبْلٍ لَا يُؤَدِّي حَقَّهَا إِلَّا جَاءَتْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِقَاعٍ قَرْقَرٍ فَتَطَأُهُ بِخِفَافِهَا كُلَّمَا مَضَتْ أُخْرَاهَا عَادَتْ عَلَيْهِ أُولَاهَا قِيلَ فما حقها فما حق الإبل قال: يُعْطِي الْكَرِيمَةَ وَيَمْنَحُ الْغَزِيرَةَ وَيَعْقِرُ الظَّهْرَ وَيُطْرِقُ الْفَحْلَ وَيَسْقِي اللَّبَنَ. وروي أنه قال مِنْ حَقِّهَا إِعَارَةُ دَلْوِهَا وَإِطْرَاقِ فَحْلِهَا وَمِنْحَةِ لَبَنِهَا يَوْمَ وِرْدِهَا فدل ما ذكرناه من ذلك على إباحة العارية والله أعلم.

فصل: والعارية هي هبة المنافع مع استيفاء ملك الرقبة وتفتقر إلى ثلاثة أشياء: معير ومستعير ومعار. فأما المعير فمن كان مالكاً مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ولا يجوز من غير مالك ولا من ممنوع التصرف وأجاز أبو حنيفة للعبد المأذون له في التجارة أن يعير وهذا خطأ لأن الإذن بالتجارة لا يبيح التصرف في غير التجارة.

وأما المستعير فمن صح منه قبول الهبة صح منه طلب العارية لأنها نوع من الهبة ومن لم يصح منه قبولها لم يصح منها طلبها.

وأما المعار فهو كل مملوك يصح الانتفاع به مع بقاء عينه من حيوان وغيره ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالمأكولات لاختصاصها بالمنافع دون الرقاب.

فصل: فأما الفضة والذهب فتنقسم ثلاثة أقسام: قسم يجوز إعارته وإجارته وهو الحلي لإباحة الانتفاع به مع بقاء عينه، وقسم لا تجوز إعارته ولا إجارته وهي الأواني المحظورة لتحريم الانتفاع بها مع بقاء عينها، وقسم يجوز إعارته وفي جواز إجارته وجهان: وهو الدراهم والدنانير لأن في التجمل بها نفعاً والفرق بين العارية والإجارة فإن اختصا بملك

---

(١) البيت من قصيدة في جمهرة الأشعار (١٧٢ ـ ٦) وآخر ديوان جرير (١٣١٣) ومجاز القرآن ٢/٣١٣ الطبري٣١٤٣٠ تفسير القرطبي ٢/٢١٤ النكت والعيون ٣٥٣/٦ اللسان [معن].

المنفعة إن حكم العارية أوسع من حكم الإجارة لأنه يجوز أن يستعير ما يرهنه ولا يجوز أن يستأجر ما يرهنه، ويجوز أن يستعير فحلاً لطرق ماشيته ولا يجوز أن يستأجره لذلك فلذلك صح أن يستعير الدراهم وإن لم يجز في أحد الوجهين أن يستأجرها.

فصل: فأما الحيوان فعلى أربعة أقسام:

أحدها: ما يجوز إعارته وإجارته وهو كل مملوك كانت منفعته أبداً كالدواب المنتفع بظهورها والجوارح المنتفع بصيدها والرقيق المنتفع باستخدامهم فيجوز إعارتهم حتى الجواري وتكره إذا كانت موسومة بالجمال أن يخلو بها في الاستخدام خوفاً من غلبة الشهوة فإن وطئها كان زانياً وعليه الحد وقال داود لا حد عليه، لأنه ملك منافعها بالعارية أو الإجارة شبهة في إدراء الحد وهذا خطأ لأن تحريم إصابتها قبل العارية وبعدها على سواء فوجب أن يكون فيما يتعلق به من الحد على سواء. والقسم الثاني ما لا تجوز إعارته ولا إجارته فهو نوعان أحدهما ما كان محرماً والثاني ما كانت منفعته عيناً فأما المحرم الانتفاع فالسباع والذئاب والكلاب غير المعلمة فلا يجوز أن تعار ولا أن تؤجر وأما ما كانت منفعته عيناً فذات الدّر من المواشي كالغنم فلا يجوز أن تعار ولا أن تؤجر؛ لاختصاص العارية والإجارة بالمنافع دون الأعيان لكن يجوز أن تمنح. قال الشافعي رحمه الله والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته لرجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحاً ولا ينتفع فيها بغير اللبن. وروى الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ: «الْمِنْحَةُ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ تَغْدُو بَاناً وَتَرُوحُ بِأَجْرٍ»[1].

والقسم الثالث: ما يجوز إعارته ولا تجوز إجارته وهو الفحول المعدة للطرق فيحرم إجارتها لأن أخذ العوض عليها ثمن لعسبها. وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ عَسْبِ الْفَحْلِ وتجوز إعارتها لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ ذَكَرَ فِي حَقِّ الإِبِلِ إِطْرَاقُ فَحْلِهَا وَمِنْحَةُ لَبَنِهَا يَوْمَ وِرْدِهَا.

والقسم الرابع: ما تجوز إعارته وفي جواز إجارته وجهان وهو ما انتفع به من الكلاب والفحل بغير الثمن من ربط السفر والبهائم لأن هذا نفع ويكون الفرق بين إجارتها وإعارتها ما ذكرناه.

وإذا صحت إعارة البهائم دون إجارتها فعلفها ومؤنتها على المالك دون المستعير والمستأجر؛ لأن ذلك من حقوق الملك.

وتمام العارية يكون بطلب المستعير وإجابة المعير ثم بإقباض منه أو إذن بقبضه فتكون

---

(١) أخرجه البخاري ٥/٢٨٧ (٢٦٢٩ - ٥٦٠٨).

موافقة للهبة في أنها لا تتم إلا بقبض ومخالفة لها في صفة القبض؛ لأن قبض الهبة لا يصح إلا بإقباض من الواهب أو وكيله فيه ولا يصح بالإذن في القبض من غير إقباض.

والفرق بينهما: أن قبض المستعير لا يزول به ملك المعير فجاز أن يأذن بالتصرف فيه والقبض في الهبة مزيل لملك الواهب فلم تتم إلا بإقباض الواهب.

فصل: ثم العارية بعد القبض تامة وغير لازمة؛ لأنها عقد ارتفاق ومعونة وسواء قدرها بمدة أم لا.

وقال مالك: إن قدرها المعير بمدة لزمه لم يكن له الرجوع قبل تقضيها وإن لم يقدرها لم يلزم ورجع فيها متى شاء ليكون لذكر المدة تأثير مفيد وهذا خطأ لأن لزومها يخرجها عن حكم العارية إلى حكم الإجارة ولو جاز أن يختلف حكمها بتقدير المدة في حق المعير لاختلف في حق المستعير وفائدة المدة منع المستعير من التصرف بعد مضي المدة والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من شروط العارية وتمامها بالقبض فقد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير واختلفوا في تلف عينها أن يكون مضموناً على المستعير على خمسة مذاهب:

أحدها وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه أنها مضمونة سواء تلفت بفعل آدمي أو بجائحة سماوية وبه قال من الصحابة ابن عباس وعائشة وأبو هريرة رضي الله عنهم ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء أحمد بن حنبل **والمذهب الثاني** هو مذهب أبي حنيفة أنها غير مضمونة عليه إلاَّ بالتعدي وبه قال الحسن البصري والنخعي والثوري والأوزاعي.

والمذهب الثالث وهو مذهب مالك إن كان مما يخفى هلاكه ضمن وإن كان مما يظهر هلاكه لم يضمن.

والمذهب الرابع وهو مذهب ربيعة إن تلف بالموت لم يضمن وإن تلف بغيره ضمن.

والمذهب الخامس وهو مذهب جبارة وأبي قتادة وعبيد الله بن حسن العنبري وداود إن شرط ضمانها لزم وإن لم يشترط لم يلزم واستدلوا على سقوط الضمان برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ[1] وهذا نص برواية عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال لي رسول الله ﷺ: «إِذَا أَتَتْكَ رُسُلِي فَاعْطِهِمْ ثَلاثِينَ دِرْعَاً وَثَلاثِينَ بَعِيراً فَقُلْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَعَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ أَمْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ

---

(١) أخرجه الدارقطني ٤١/٣ والبيهقي في السنن الكبرى ٩١/٩. انظر تلخيص الحبير ٩٧/٣.

قَالَ بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ»(١). فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه إليها قالوا: ولأنه مستعار تلف بغير تفريط فوجب ألا يضمنوا المستعير قياساً على تلف الأجزاء قالوا: ولأن ما لم تكن أجزاءه مضمونة لم تكن جملته مضمونة كالودائع طرداً والغصوب عكساً.

ودليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّي(٢) ففيه دليلان:

أحدهما: أنه جعل عليها ما أخذت وهذا تضمين.

والثاني: أنه واجب الأداء وذلك بمقتضى عموم الحالين من قيمة وعين وروى شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أبيه عن أمية بن صفوان بن أمية أن رسول الله ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ دِرْعَاً يَوْمَ حُنَيْنٍ فَقَالَ أَغَصْبٌ يَا مُحَمَّد؟ فَقَالَ بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ فوصفها بالضمان بيان لحكمها عند جهله به فإن قيل هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد وليست مضمونة العين قيل إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان على أنه قد روي عنه ﷺ أنه قال: «عارِيَة مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ» فكان الأداء محمولاً على الرد والضمان على التلف. وروى خالد عن حميد عن أنس رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بِقَصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا فَكَسَرَتِ الْقَصْعَةَ فَأَخَذَ النَّبِيُّ ﷺ قَصْعَتَهَا الَّتِي فِي بَيْتِهَا وَدَفَعَهَا بَدَلاً مِنَ الْقَصْعَةِ الْمَكْسُورَةِ(٣) فلولا أن ضمان العارية واجب لما استجاز أن يدفع مالها بدلا.

ثم الدليل من طريق المعنى أنها عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق فوجب أن تكون من ضمانه كالقرض ولأنه مقبوض لم يزل ملك صاحبه فوجب أن يكون من ضمان من تعجل الانتفاع به كالإجارة والوديعة؛ لأن تعجيل النفع المودع والمؤجر لما يتعجله من استحقاق الأجرة وفي العارية للمستعير؛ ولأنه مضمون الرد فوجب أن يكون مضمون العين كالغصب ولأن الغاصب لو أعار كان المستعير منه ضامناً ولو أودع كان المستودع منه غير ضامن لأن المستودع لو أغرم رجع على الغاصب والمستعير إذا غرم لم يرجع على الغاصب وكذلك إذا كان مقبوضاً من المالك ويتحرر من اعتلاله قياسان:

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٦).

(٢) أخرجه أبو داود ٢٩٦/٣ (٣٥٦١) والترمذي ٥٦٦/٣ (١٢٦٦) وقال: حسن صحيح وابن ماجة ٢١٨/٢ (٢٤٠٠) وأحمد في المسند ٨/٥ والدارمي ٢٦٤/٢ والحاكم في المستدرك ٤٧/٢ والبيهقي في السنن الكبرى ٩٠/٦ والطبراني في الكبير ٢٥٢/٧ وابن أبي شيبة ١٤٦/٦ وابن الجارود في المنتقى (١٠٢٤).

(٣) أخرجه البخاري ١٧٩/٣ وأبو داود (٣٥٦٧) والبيهقي في السنن الكبرى ٩٦/٦.

أحدهما: أن كل قبض وقع من غير المالك مضموناً وقع من المالك مضموناً كـالغصب طرداً والوديعـة عكساً.

والثاني: أنه مستعار فوجَب أن يكون مضموناً على المستعير كالمغصوب قياساً على المستعير من الغاصب. فأما الجواب عن قوله ليس على المستعير غير المغل ضمان فمن وجهين:

أحدهما: أنه محمول على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال، وهذا إن كان تخصيصاً فلما عارضه من الأخبار المخصصة.

والثاني: أن المغل في هذا الموضع ليس بمأخوذ من الخيانة والغلول إنما هـو مأخـوذ من استغلال الغلة. يقال: قد أغل فهو مغل إذا أخذ الغلة. قال زهير بن أبي سلمى:

فَتُغْـلِلْ لَكُـمْ مَـا لا تُغِـلُّ لأَهْـلِهَـا ... قُـرًى بِـالعِـرَاقِ مِنْ قَفِيـزٍ وَدِرْهِمِ [1]

فيكون معنى الخبر لا ضمـان على المستغير غيـر المغل أي غيـر القابض لأنـه بالقبض يصير مستغلاً وهذا صحيح.

فأما الجواب عما روي أنه عليه السلام سئل أعـارية مضمـونة أو عـارية مؤداة فقـال بل عارية مؤداة فهو أن معناه أعارية مضمونة بـالبدل أو مؤداة العين استعـلاماً لحكمهـا هل تـوجد على طـريق البدل والمعـاوضة أو على طـريق الرد والأداء فـأخبر أنهـا مؤداة العين لا يملكهـا الآخذ بالبدل فلم يكن فيه تغيير للضمان وأما الجواب عن قيـاسهم على تلف الأجزاء فهـو أن تلف الأجزاء بغير الاستعمال مضمون كالجملة وإنما تلفها بالاستعمـال المأذون فيـه كالثـوب المستعـار إذا بلي باللبس لم يضمنـه المستعير والمعنى فيـه أنه أتلفـه بإذن مـالكه فسقط عنـه ضمانه والعارية تلفت بغير إذن المالك ورضاه فـوجب عليه ضمـانها، ولـو أذن له في إتـلافها لسقط عنه ضمانها كالأجزاء ولو تلفت الأجزاء بغير اللبس المأذون فيه كالثوب إذا نقل فيه تراباً أو شد فيه متاعاً ضمن كالعارية فصارت الأجزاء والجملة على سواء ففيه جواب عن القيـاسين معاً والله أعلم بالصواب.

فصل: فإذا ثبت وجوب ضمانها فلا يخلو حالها إذا تلفت من أحد أمرين: إمـا أن يكون لها مثل أو لا يكون لها مثل فإن لم يكن لها مثل ضمنها بالقيمة وفيها وجهان: **أحدهما** يضمن قيمتها يوم التلف لسقوط ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال.

(١) البيت في ديوانه (١٠٨) واللسان م [غلل].
قـال الأصمعي: يريـد أنها تغـل لهم دماً وليست تغـل لهم ما تغـل قرى العـراق من قفيـز ودرهم، وهـو تهكّم.

والوجه الثاني أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالغصب وتصير الأجزاء تبعاً للجملة إن سقط ضمانها بالرد سقط غرم الأجزاء وإن وجب ضمانها بالتلف وجب غرم الأجزاء تبعاً. وإن كانت للعارية مثل ففي ما يضمنها به وجهان: بناءاً على صفة ضمان مالا مثل له: أحدهما: يضمنها بالمثل إذا جعل ضمانها في أكثر الأحوال كالغصب، والثاني يضمنها بالقيمة إذا جعل ضمانها وقت التلف. فأما العارية إذا حدث في يد المستعير ففي وجوب ضمانه عليه وجهان: أحدهما: عليه ضمانها لأن ولد المضمونة مضمون كالمغصوبة والوجه الثاني: لا ضمان عليه لأن معنى الضمان في الأم معدوم في الولد بخلاف الغصب لأن ولد العارية لا يكون معاراً وولد المغصوبة يكون مغصوباً. فأما قول الشافعي رضي الله عنه في موضع من كتاب الإجارات إن العارية غير مضمونة إلا بالتعدي فليس بقول ثان في سقوط ضمانها كما وهم فيه الربيع وهو محمول على ثلاثة أوجه: إما على سقوط ضمان الأجرة أو على ضمان الاجزاء أو حكاية عن مذهب غيره كما قال يجوز نكاح المحرم حكاية أعن مذهب غيره وفرع عليه وإن لم يقله مذهباً لنفسه والله أعلم.

مسألة: في الحكم إذا اختلف رب الدابة والراكب في كيفية الإعارة

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ رَبُّ الدَّابَّةِ أَكْرَيْتُكَهَا إِلَى مَوْضِعِ كَذَا وَكَذَا وَقَالَ الرَّاكِبُ بَلْ عَارِيَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ مَعَ يَمِينِهِ وَلَوْ قَالَ أَعَرْتَنِيهَا وَقَالَ رَبُّهَا غَصَبْتَنِيهَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَعِيرِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا عِنْدِي خِلَافُ أَصْلِهِ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ مَنْ سَكَنَ دَارَ رَجُلٍ كَمَنْ تَعَدَّى عَلَى سِلْعَتِهِ فَأَتْلَفَهَا فَلَهُ قِيمَةُ السُّكْنَى وَقَوْلُهُ مَنْ أَتْلَفَ شَيْئاً ضَمِنَ وَمَنْ ادَّعَى الْبَرَاءَةَ لَمْ يَبْرَأْ فَهَذَا مُقِرٌّ بِأَخْذِ سُكْنَى وَرُكُوبِ دَابَّةٍ وَمُدَّعٍ الْبَرَاءَةَ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَعَلَى الْمُنْكِرِ رَبِّ الدَّابَّةِ والدَّارِ الْيَمِينُ وَيَأْخُذُ الْقِيمَةَ».

قال الماوردي: وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول: فالفصل الأول هو أول مسطور منها صورته في رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أجرتكها فلي الأجرة وقال الراكب أعرتنيها فليس لك أجرة فالذي نص عليه الشافعي في كتاب العارية أن القول قول الراكب دون المالك وقال في كتاب المزارعة إذا اختلف رب الأرض وزارعها فقال ربها أجرتكها وقال الزارع أعرتنيها: إن القول قول المالك فاختلف أصحابنا لاختلاف هذا الجواب فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهورهم ينقلون جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى ويخرجونها على قولين:

أحدهما: وهو اختيار المزني والربيع أن القول قول المالك في الدابة والأرض على ما

نص عليه في المزارعة وله الأجرة ووجهة ما ذكره المزني وهو أن المنافع المملوكة تصح المعاوضة عليها كالأعيان ثم ثبت أنه قد اختلفا في العين بعد استهلاكها فقال ربها بعتها لك وقال المستهلك بل وهبتنيها إليَّ أن القول قول المالك دون المتلف وله البدل كذلك إذا اختلفا في المنفعة يجب أن يكون القول قول المالك دون المتلف وله الأجرة.

والقول الثاني أن القول قول الراكب والزارع في الدابة والأرض معاً على ما نص عليه في العارية ولا أجرة عليه.

ووجهته: هو أنهما متفقان على أن المتصرف قد استهلك منافع نفسه إما بعارية أو إجارة ومن ادعى ثبوت عوض على غيره في استهلاك منافعه لم يقبل منه وخالف استهلاك العين التي قد اتفقا على أنها كانت ملكاً لربها دون مستهلكها وفي هذا انفصال عما ذكره المزني توجيهاً.

وقال أبو العباس بن سريج ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما الجواب على ظاهره في الموضعين فيكون القول في الدابة قول راكبها وفي الأرض قول مالكها اعتباراً بالعرف فيها لأن العادة في الدواب جارية بإعارتها دون إجارتها فكان الظاهر في العادة تشهد لراكبها والعادة في الأرض جارية بإجارتها دون إعارتها فكانت العادة شهادة لمالكها وهذه طريقة لأبي العباس تعتبر العرف والعادة فيها وليست مذهباً للشافعي رضي الله عنه لأن من يؤجر قد يعير ومن يعير قد يؤجر.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فإن قلنا إن القول قول رب الدابة والأرض مع يمينه فإذا حلف فله الأجرة ففيها وجهان:

أحدهما: أنه القدر الذي سماه لأنه قد جعل القول قوله فيه.

والوجه الثاني وهو أصح: أن له أجرة المثل لأنهما لو اختلفا في الأجرة مع اتفاقهما على الإجارة لم يقبل قول المؤجر فيها فأولى ألا يقبل قوله مع اختلافهما فيها فإن نكل المالك عن اليمين لم ترد على المتصرف المستعير لأن ردها لا يفيد لأن الأجرة ساقطة عنه بنكول المالك وإن قلنا إن القول قول الراكب مع يمينه فإن حلف بريء من الأجرة ورد الدابة وإن نكل ردت اليمين على المالك ليستحق ما ادعاه من الأجرة فإذا حلف فله المسمى، وجهاً واحداً لأن يمينه بعد النكول إما أن تجري مجرى البينة أو الإقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى.

فصل: فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعي الأجرة دون القيمة والراكب يقر بالقيمة دون الأجرة فإن قلنا إن القول قول المالك حكم له بالأجرة وحدها

دون القيمة لأنه لا يدعيها، وإن قلنا إن القول قول الراكب، فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة على وجهين:

أحدهما: يحكم له به لاتفاقهما على استحقاقه.

والوجه الثاني: لا يحكم له بشيء منها لأنه لا يدعي القيمة ولا يستحق الأجرة.

فصل: والفصل الثاني وهو أن يقول المالك غصبتنيها ويقول الراكب أعرتنيها فهذا الاختلاف مؤثر في الأجرة دون القيمة لأن العارية مضمونة كالغصب وأجرة العارية غير مضمونة بخلاف الغصب. فإن كان هذا قبل الركوب سقط تأثير هذا الاختلاف وإن كان بعد الركوب فالذي نقله المزني ها هنا أن القول قول المستعير فاختلف أصحابنا فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الأولى لاستوائها في العلة ويجعل ما نقله المزني ها هنا أحد القولين. وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول في هذه المسألة قول المالك قولاً واحداً والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن في اختلافهما في العارية والإجارة اتفقا على أن الراكب مالك للمنفعة فجاز أن لا يقبل قول المالك في الأجرة ولم يتفقا على مثل ذلك في هذه المسألة لأن المالك يقول أتلفت أيها الراكب منفعتي بغير حق والراكب يقول أتلفتها مستعيراً بحق فلم يصدق، فمن قال بهذا أجاب عما نقله المزني بجوابين: أحدهما: أنه زلل من المزني وسهواً والثاني تسليم الرواية واستعمالها على أحد تأويلين إما على أن القول قول المستعير في قدر الأجرة وإما على أن القول قول المستعير في أن لا يلزمه الضمان إلا في العارية دون الغصب. وهذا تأويل من فرق بين ضمان العارية وضمان الغصب. فعلى هذا لو تلفت الدابة ضمن قيمتها وكانت الأجرة على ما مضى والله أعلم.

فصل: والفصل الثالث أن يقول رب الدابة أعرتكها ويقول الراكب استأجرتها فتأثير هذا الاختلاف من وجهين:

أحدهما: في ضمان رقبتها لأن العارية مضمونة والمؤاجرة غير مضمونة، فإن كانت الدابة باقية سقط هذا الاختلاف. والثاني لزوم ركوبها تلك المدة فإن كانت الدابة تالفة أو المدة منقضية سقط تأثير هذا الاختلاف فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها لأن الراكب يدعي عليه عقداً في إجارتها، فإن كانت الدابة قائمة أخذها ولا أجرة له؛ لأن الراكب وإن أقرّ بها فالمالك لا يدعيها وإن كانت الدابة تالفة كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لأنها تالفة في يده وهو يدعي بالإجارة استيماناً فلم تقبل دعواه ولزمه غرم القيمة وإن لم تكن لمدة الركوب أجره وإن لم يحكم للمالك بالقيمة إلا بعد يمينه بالله تعالى أنه ما أجرها ولقد أعارها إلا أن تنقضي المدة فيحلف بالله لقد أعارها ولا يحلف ما أجرها لتقضي زمان الإجارة وإن

كان لمدة الركوب أجرة فهي بقدر القيمة فصاعداً فهل يجب على المالك يمين يستحق بها القيمة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يمين عليه لأن الراكب مقر به أجرة والمالك يدعي قيمة، فصارا متفقين على استحقاقه وإن اختلفا في سببه فسقطت اليمين فيه.

والوجه الثاني: عليه اليمين لأنه قد أسقط حقه في الأجرة فلم يؤثر إقرار الراكب بها وهو يدعي القيمة والراكب منكر لها فإذا حكم له بدعواه لما ذكرنا من التعليل لم يثبت إلا باليمين.

فصل: والفصل الرابع وهو أن يقول المالك غصبتنيها ويقول الراكب أجرتنيها فتأثير هذا الاختلاف من وجهين:

أحدهما: في ضمان الرقبة؛ لأن المغصوب مضمون والمؤاجرة غير مضمونة فإن كانت العين باقية سقط تأثير هذا الاختلاف. والثاني: في لزوم المدة فإن كانت المدة قد انقضت أو الدابة قد هلكت سقط تأثير هذا الاختلاف وإذا كان كذلك فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره ويصير الراكب ضامناً للدابة والأجرة فيأخذها المالك بغير يمين إلا أن تكون أجرة المثل أكثر من المسمى الذي أقر به الراكب فلا يستحق الزيادة إلا بيمين. وأما القيمة فلا يستحقها إلا بيمين والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ تَعَدَّى فِي وَدِيعَةٍ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا الَّذِي كَانَتْ فِيهِ ضَمِنَ لأَنَّهُ خَرَجَ مِنَ الأَمَانَةِ وَلَمْ يُحْدِثْ لَهُ رَبُّ الْمَالِ اسْتِئْمَاناً فَلاَ يَبْرَأُ حَتَّى يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا تعدى المودع في الوديعة كالدابة يركبها أو كالثوب يلبسه أو كالدراهم يخرجها للنفقة ضمنها فإن كف عن التعدي ورد الوديعة إلى الحرز لم يسقط عنه الضمان سواء ردها أو مثلها وقال أبو حنيفة إن ردها بعينها أو رد مثلها كالدراهم التي أنفقها سقط عنه الضمان ولا يجعل إخراجها للنفقة تعدياً قبل الإنفاق.

وقال مالك إن ردها بعينها سقط عنه الضمان وإن رد مثلها بعد الاستهلاك لم يسقط عنه الضمان واستدلوا على سقوط الضمان بأن النبي ﷺ قال: «النَّدَمُ تَوْبَةٌ»[1] فاقتضى أن يكون

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ١/٣٧٦ وابن ماجة (٤٢٥٢) والحاكم في المستدرك ٤/٢٤٣ والحميدي (١٠٥) والطبراني في الصغير ١/٣٣ وأبو نعيم في الحلية ٨/٢٥١ وتاريخ أصفهان ١/١٤٠ والخطيب في التاريخ ٩/٤٠٥ وابن عدي في الكامل ١/٢٠٣.

ذلك رافعاً لحكم ما تقدم قالوا ولأن الحكم إذا ثبت لعلة وجب أن يرتفع بزوالها كالخمر يحرم بحدوث الشدة المطربة، ثم يرتفع تحريمها بارتفاع الشدة المطربة فلما كان التعدي موجباً للضمان وجب أن يكون زوالها بالتعدي موجباً لسقوط الضمان قالوا ولأنه قد يضمن الوديعة بالتعدي كما يضمن المحرم الصيد بالإمساك فلما سقط ضمان الصيد بالإرسال لزوال موجبه وجب أن يسقط ضمان الوديعة بترك التعدي لزوال موجبه. قالوا: ولأن هذا مبني على أصلين ينتقل الكلام إليهما عند النزاع أحدهما أن يد المودع كيد المودع بدليل أن الغاصب إذا أودع المغصوب فتلف في يد المودع ثم أغرم القيمة رجع بها على الغاصب وإن كان تلفها في غير يده لأن يد المودع كيده فوجب أن يكون عود الوديعة بعد التعدي إلى حرز المودع كعودها إلى حرز المودع في سقوط الضمان.

والأصل الثاني أن الأمر بالشيء لا يقتضي التعدي فيه زوال الأمر به بدليل أن الوكيل في بيع عبد أو جارية لو شج أو زنا بالجارية لم ينعزل عن الوكالة وجاز بيعه بعد التعدي لجوازه من قبل فاقتضى أن يكون إحراز الوديعة بعد التعدي كإحرازها قبل.

والدليل على بقاء الضمان رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ «عَلَى الْيَدِّ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّي» فاقتضى أن يكون الأداء على عمومه مستحقاً ولأن الوديعة تضمن بالتعدي تارة وبالجحود أخرى، فلما كان لو ضمنها بالجحود ثم اعترف لم يسقط عنه الضمان وجب إذا ضمنها بالتعدي ثم كف أن لا يسقط عنه الضمان.

وتحريره قياساً: أن ما أوجب ضمان الوديعة لم يسقط بزواله كالجحود ولأنه لو ضمنها بالمنع لم يسقط عنه الضمان بالكف لأنه بالمنع غير متصرف وبالتعدي متصرف ويتحرر من القياس الأول من طريق الأولى. ولأن الأموال قد تضمن بالتعدي مع الإيداع كما تضمن بالتعدي من غير أيداع ثم ثبت من أخذ مال رجل من حرزه بغصب أو سرقة فضمن لم يسقط عنه الضمان برده إلى حرزه فوجب إذا ضمن الوديعة بإخراجها من الحرز أن لا يسقط عنه الضمان بردها إلى الحرز.

وتحريره قياساً: أنه مال وجب ضمانه بهتك الحرز فوجب أن لا يسقط ضمانه بعوده إلى الحرز كالمغصوب والمسروق ولأن الأصول مقررة على أن يد الإنسان تبرئه من ضمان تعلق بذمته ألا تراه لو كان عليه طعام من سلم فأمره المالك بأن يقبضه له من نفسه لم يجز، لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه. كذلك ضمان الوديعة قد وجب عليه لغيره فلم يسقط عنه بكفه لما فيه من إبراء نفسه بنفسه.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «النَّدَمُ تَوْبَةٌ» فهو أن التوبة تختص برفع الآثام دون الأحكام.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما وجب لعلة زال بزوالها فهو أنه لو سلم لهم في الوديعة خصوصاً أن ينتقص بالجحود والمنع الزائلين مع بقاء ضمانهما لكان مردوداً من حيث إن ما أوجب الضمان من التعدي لم يزل وإنما كف عن استدامته.

وأما الجواب عما استدلوا به من إرسال الصيد فهو أنه لما لم يتعين بلزوم رده إليها صار إرساله جارياً مجرى ردع الوديعة إلى مالكها وأما الجواب عن بنائهم ذلك على أصلين فهو أن الأصلين غير مسلمين أما الأول منهما يد المودع كيد المودع فخطأ، لأن ركوب المودع لا يوجب الضمان وركوب المودع يوجب الضمان ولو تساوت أيديهما لسقط الضمان فيهما وأما الثاني منهما في أن التعدي في المأمور لا يقتضي زوال الآمر كالوكيل إذا شج العبد أو زنا بالجارية ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: قد زالت وكالته وبطل بيعه كالوديعة في بطلان استئمانه بالتعدي.

والوجه الثاني: أن وكالته صحيحة وبيعه جائز لأنه موكل في البيع والبيع لم يقع فيه تعد ولو تعدى فيه كان باطلاً وليس كذلك المودع لأنه مؤتمن فإذا تعدى لم يكن مؤتمناً.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرناه من الضمان فقد قال الشافعي رحمه الله لا يبرأ حتى يدفعها إليه أو يحدث له استئماناً فلا يختلف أصحابنا أنه متى ردها إلى مالكها أو إلى وكيله في قبضها برىء فإن استأنفه دفعها إليه ثانية لم يضمن فأما إن أبرأه المالك من ضمانها ففيه وجهان:

أحدهما: يبرأ ويزول عنه الضمان استدلالاً بقول الشافعي رحمه الله أو يحدث له استئماناً لأن من كان قبضه إبراء صح منه الإبراء.

والوجه الثاني: أنه لا يبرأ من الضمان لعلتين:

إحداهما: أن البراءة لا تصح في الأعيان وإنما تختص بالذمم.

والثانية: أنه إبراء من بدل لم يجب ويكون تأويل قول الشافعي رضي الله عنه أو يحدث له استئماناً يعني استئمان وكيل في القبض فلو أن المالك أذن له في ردها إلى الحرز بعد التعدي كان في سقوط الضمان وجهان كالإبراء والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا أَعَارَهُ بُقْعَةً يَبْنِي فِيهَا بِنَاءً لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الْبُقْعَةِ أَنْ يُخْرِجَهُ حَتَّى يُعْطِيَهُ قِيمَةَ بِنَائِهِ قَائِماً يَوْمَ يُخْرِجُهُ وَلَوْ وَقَّتَ لَهُ وَقْتاً وَكَذَلِكَ لَوْ أَذِنَ لَهُ فِي الْبِنَاءِ مُطْلَقاً وَلَكِنْ لَوْ قَالَ فَإِنِ انْقَضَى الْوَقْتُ كَانَ عَلَيْكَ أَنْ تَنْقُضَ بِنَاءَكَ كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَغُرَّهُ إِنَّمَا غَرَّ نَفْسَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال اعلم أن إعارة الأرض للزرع والغرس والبناء جائز. لأنها منفعة يصح أن تملك بالإجارة فصح أن تملك بالإعارة كالسكن وإذا كان كذلك فلا يخلو حال من أعار أرضاً من أحد أمرين: إما أن يعين المنفعة أو لا يعين عليها فإن لم يعين عليها صحت العارية وكانت محمولة في الانتفاع بها على العادة الجارية في مثلها ولا يصح إطلاق الإجارة إلا أن يعين عل المنفعة خصوصاً وعموماً والفرق بينهما أن في الإجارة عوضاً تنتفي عنه الجهالة ولذلك لزم تقدير المنفعة بالمدة وليس في العارية عوض فلم يمتنع فيه الجهالة كما لا يمتنع إطلاق المدة وإن عين المعير على المنفعة فلا يخلو من أن يعم أو يخص فإن عم فقال قد أعرتك لتصنع ما شئت من غرس أو بناء أو زرع فأيهما فعل جاز، وكذلك لو جمع بين سائرها وإن خص فله ثلاثة أحوال: أحدها أن يأذن له في الزرع فله أن يزرع وليس له أن يغرس ولا أن يبني لأن الغرس والبناء أضر للأرض من الزرع. وقد قال النبي ﷺ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار فلو غرس أو بنى كان متعدياً وللمعير أن يأخذه بقلع غرسه وبنائه وبأجرة المثل كالغصب.

والحالة الثانية: أن يأذن له في الغرس فله أن يغرس ويزرع لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغرس وفي جواز البناء وجهان:

أحدهما: يجوز لأن البناء كالغرس في الترك والضرر.

والوجه الثاني: لا يجوز لأن البناء أدوم من الغرس وأبقى فكان ضرره أكثر.

والحالة الثالثة: أن يأذن له في البناء فله أن يبني ويزرع ويغرس لأن البناء أبقى فكان ضرره أعم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من حال العارية وصفة الإذن فيها جاز له أن يتصرف فيها بنفسه أو وكيله ولم يجز أن يؤجرها لأن الإجارة لازمة والعارية غير لازمة وفي جواز إعارتها وجهان:

أحدهما: يجوز أن يعير كما يجوز للمستأجر أن يؤجر والوجه الثاني: لا يجوز أن يعير وهو الصحيح لأنه مخصوص بإباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها لغيره كما لو أبيح أكل لم يجز أن يبيحه لغيره فعلى هذا إن قلنا بجواز ذلك على الوجه الأول كان للمعير الأول والثاني أن يرجع على المستعير الثاني فإن رجع بها المعير الأول بطلت العاريتان معاً وإن رجعا بها المعير الثاني كانت العارية الأولى على حالها وإن قلنا ببطلان ذلك على الوجه الثاني كان المستعير غاصباً للإعارة واستحق المعير المالك المطالبة بالأجرة، وهو بالخيار بين مطالبة الثاني بها أو الأول. فإن أخذها من الأول فهل له الرجوع بها على الثاني أم لا؟ على قولين، وهكذا لو أخذها من الثاني فهل يرجع بها على الأول أم لا على قولين: بناء على اختلاف

قولين فيمن أباح أكل طعام غصبه فأغرم الآكل قيمته هل يرجع الآكل على الغاصب بما غرمه أم لا على قولين نذكرهما في كتاب الغصب.

فصل: فإذا قبض المستعير الأرض للغرس والبناء ثم رجع للمعير فإن كان رجوعه قبل الغرس والبناء منع المستعير من غرسها وبنائها فإن بنى بعد رجوعه أو غرس كان في حكم الغاصب فيؤاخذ بقلع الغرس والبناء مع أجرة المثل وتسوية الأرض فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء لم يكن له إحداث زيادة في غرسه وبنائه فإن أحدث زيادة في غرسه وبنائه فإن أخذ بقلها فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان:

أحدهما: أن يكون قد شرط على المستعير حين أعاره أن يقلع غرسه وبنائه عند رجوعه فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم لقول رسول الله ﷺ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» ولأن رضاه بهذا الشرط التزام للضرر الداخل عليه بالقلع فكان هو الضار لنفسه ولم يكن مضروراً بغيره. **والحالة الثانية**: ألا يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أو أكثر فيؤاخذ المستعير بالقلع لأن العارية لا تلزم والضرر بالقلع مرتفع.

والضرب الثاني: أن تكون قيمته مقلوعاً أقل، فإن بدل المعير قيمته قائماً أو بدل نقص ما بين قيمته مقلوعاً وقائماً منع المستعير من إقراره حينئذ وخير بين قلعه أو أخذ قيمته أو أرش نقصه لأن ما يخافه من النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الأرش فلو بذل المستعير قيمة الأرض وبذل المعير قيمة الغرس كان المعير أحق من المستعير لأمرين:

أحدهما: أن الأرض أصل والغرس تبع فكان ملك الأصل أقوى.

والثاني: أنه أسبق ملكاً وقيل للمستعير لا يجوز مع زوال الضرر عند أن يدخل الضرر على المعير بالترك فإن أخذت القيمة وإلا أجبر على القلع فإذا قلع فهل تلزمه تسوية الأرض بعد القلع أم لا؟ على وجهين: **أحدهما**: لا يلزمه لأنه مأذون فيه فأشبهه بلي الثوب باللبس.

والوجه الثاني: يلزمه ذلك لأنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه فصار مأخوذاً بنقصه.

فصل: فأما إن امتنع المعير من بذل قيمة الغرس وامتنع المستعير من القلع فقد اختلفوا في حكمه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول أبي حنيفة أنه يؤخذ بالقلع سواء كانت مدة العارية مقدرة أو مطلقة لقوله ﷺ الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ.

والثاني: وهو قول أبي إبراهيم المزني أنه إن كانت العارية مطلقة ترك وإن كانت مقدرة بمدة قلع بعدها فرقاً بين المطلقة والمقدرة لأنه المقصود في اشتراط المدة.

والثالث: وهو مذهب الشافعي رحمه الله أنه مقر ولا يجبر على القلع إذا بذل الأجرة بعد الرجوع من العارية لقوله ﷺ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ والمستعير ليس بظالم فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم لأن العارية ارتفاق ومعونة فلو أوجبت الإضرار بالقلع لخرجت عن حكم الإرفاق إلى حكم العدوان والضرر.

فصل: فإذا ثبت أن الغرس والبناء مقر فإقراره مشروط ببذل الأجرة وإقامة المُعير على المبيع من بذل القيمة فصار إقراره مستحقاً بهذين الشرطين فإن أجاب المعير من بعد إلى بذل القيمة أو امتنع المستعير من بذل الأجرة أجبر على القلع لأنه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتفويت الأجرة وما استدام الشرطان وجب الإقرار ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضه وإن كان مستطيلاً بغرسه وبنائه لأن الأجرة مأخوذة على إقرار الغرس والبناء فأما البياض الذي أثنائه فليس بمشغول بملك المستعير فلم يجز منع المعير منه وإن بذلت له الأجرة عنه. إلا أن يجيب إلى إجارتها طوعاً بمسمى رضياه فيكون كمن أجر أرضه مختاراً فأما المستعير فهل يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه أم لا على وجهين:

أحدهما: لا يستحق الدخول إلا برضا المعير لأن استحقاق الترك لا يوجب التصرف في الأرض.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه في مراعاته ومصلحته ويجبر المعيْر على تمكينه لأن الإذن بالغرس والبناء إذن به وبمنافعه فإن مات الغرس وانهدم البناء لم يكن له إعادة بدله إلا باستحداث عارية بدله.

فصل: فلو اراد المستعير بيع غرسه وبنائه على غير المعير ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه مملوك وليس للمعير أن يأخذ المشتري بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير.

والوجه الثاني: أن يبيعه لا يجوز لأن المشتري غير مستعير وترك ما اشتراه غير مستديم لأن المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه وهذان الوجهان من اختلافهم في المستعير هل يجوز له أن يعير.

فصل: وإذا حمل السيل بذراً لرجل فنبت في أرض غيره أو نوى، فصار غرساً فهو لمالك البذر والنوى لأنه نماء ملكه وهل لصاحب الأرض أن يؤاخذ المالك بقلعه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له قلعه لأن ما نبت في أرضه بغير اختياره.

والوجه الثاني: ليس له قلعه إذا بذلت الأجرة لأن مالكه غير متعد به.

فصل: فإذا أعار الرجل جاره حائطاً ليضع عليه أجذاعاً فليس للمعير أن يأخذ المستعير بقلعها بعد الوضع لأن وضع الأجذاع تراد للاستدامة والبقاء وهل يستحق عليه الأجرة بعد رجوعه في العارية أم لا؟ على وجهين: أحدهما: يستحقها كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس والبناء. فعلى هذا إن امتنع صاحب الأجذاع من بذلها أخذ بقلعها.

والوجه الثاني: هو أصح لا أجرة له والفرق بين الحائط والأرض أن الحائط قد يصل مالكه إلى منافعه وإن كانت الأجذاع موضوعة عليه وليس كالأرض التي لا يصل مالكها إلى منافعها مع بقاء الغرس والبناء فيها مع أن العرف لم يجر بإجارة الحائط وهو جار بإجارة الأرض فلو بذل صاحب الحائط ثمن الأجذاع لصاحبها لم يجبر على قبولها ولا على قلعها بخلاف الغرس والبناء والفرق بينهما أن الأجذاع إذا حصل أحد طرفيها في حائط المعير والطرف الآخر في حائط المستعير فلم يجبر أن يأخذ قيمة ما ليس في ملكه والغرس والبناء كله في أرض المعير فجاز أن يجبر على أخذ قيمة ما في غير ملكه فلو انهدم الحائط الذي عليه الأجذاع موضوعة فبناه المالك فهل يجوز لصاحب الأجذاع إعادة وضعها بالإذن الأول أم لا على وجهين:

أحدهما: له إعارتها لأن العارية أوجبت دوام وضعها، فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الأجذاع أن يبنيه ليصل إلى حقه من وضع أجذاعه فيه.

والوجه الثاني: ليس له إعادتها لأن الحائط المأذون فيه لم يبق وهذا غيره ولم يعد مالكه فعلى هذا لو أراد صاحب الأجذاع أن يبني الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه لم يكن له.

فصل: وإذا أعاره جذعاً ليمسك به حائطاً فليس له بعد المسك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائماً وكان الجذع صحيحاً لما فيه من إدخال الضرر على صاحب الحائط بعد المسك من خوف السقوط وهلاكه وهل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين فإن انكسر الجذع أو انهدم الحائط فله الرجوع به لأنه لا يتجدد بأخذه ضرر.

فصل: وإذا أعار أرضاً لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجوع فيها لأن دفن الموتى للاستدامة والبقاء شرعاً وعرفاً ولو أوصى أولياؤه بنقله منعوا منه لأنه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمته بالنقل وليس لصاحب الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع في العارية وجهاً واحداً ولا تختلف لأمرين: أحدهما: أن العرف غير جار.

والثاني: أن الميت زائل والأولياء لا يلزمهم فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش حتى ظهر وجب أن يعاد إلى قبره جبراً وليس لصاحب الأرض بعد ظهوره أن يرجع في عاريته ويمنع من دفنه لأنه قد صار حقاً للميت مؤبداً، فلو أن رجلاً أذن للناس أن يدفنوا موتاهم في

أرضه فإن سبلها للدفن فليس له الرجوع فيها لخروجها عن ملكه وإن لم يسبلَهـا فله الرجوع فيها ولا يكون الإذن بالدفن فيها تسبيلاً لها فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن فيها وليس لـه نقل من دفن وتحرم على من أعار أرضاً للدفن أن يتصرف على ظاهـر القبر من أرضـه لما فيـه من انتهـاك حرمـة الميت مع ورود النهي عنـه، فلو أراد أن يدفن فيـه ميتاً آخـر لم يجز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز وإن كان مقارناً.

فصل: وإذا مات المستعير بطلت العارية ولم يكن لوارثه الانتفاع بها بعد موته فإن فعـل كان في حكم الغاصب في ضمـان الرقبـة والأجرة وعلى الـوارث أن يبادر بـردها على المعيـر سواء طلب أو لم يطلب علم بمـوت المستعير أو لم يعلم بخـلاف الوديعـة التي لا يلزم وارث المـودع ردها لأن رد العـارية واجب ورد الـوديعة غيـر واجب وإنمـا التمكين منهـا واجب وإن أمسك وارث المستعير عن ردها حتى هلكت فإن كـان إمساكهـا لتعذر القـدرة على ردها فهي مضمونة في تركة المستعير ولا أجرة وإن كـان مع القـدرة على ردها فهي مضمـونة على ورثـة المستعير ومع الأجرة فلو جن المستعير ولم يمت بطلت العارية بجنونـه أيضاً لأنهـا عقد جـائز يبطل بالموت والجنون وعلى الولي أن يبادر بردها على المعيـر وهكذا لـو مات المعيـر وجب على المستعير رد العارية على وارثه لبـطلانها بمـوته وأن يمسـك بها بعـد موتـه كان في حكم الغاصب في ضمان الرقبة والأجرة وهكذا لو جن المعير فإن مرض فالعارية على حالها.

فصل: فإذا باع المعير العـارية في يـد المستعير لم يخـل حالهـا من أحد أمـرين إما أن يكون ردها ممكناً كالدار التي يمكن خروجه منها والدابة التي يمكن نزوله عنها والثوب الـذي يمكن نزعه صح البيع وبطلت به العارية وإمـا أن يكون ردهـا غير ممكن كـالأرض إذا غرست فالبيع باطل لأن مدة بقاء الغرس فيها مجهولة واسترجاعها غير ممكن إلا ببذل قيمة الغـرس أو أرش النقص وذلك غير واجب على المعير ولا على المستعير وفيه وجه آخر: أن البيع صحيح ويؤخذ المستعير بقلع الغرس لأنه من حقوق التسليم كما يجبر على مورثه التسليم.

فصل: وإذا استعار دابة ثم ردها المستعير إلى اصطبل المعير لم يبـرأ من ضمانهـا حتى يدفعها إلى المعير أو إلى وكيله فيها.

وقـال أبو حنيفـة يبرأ منهـا بردهـا إلى الاصطبـل استحسانـاً لا قيـاسـاً وهـذا خـطأ لأن الاصطبل كيده لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل إذا ردها إليه أن يسقط عنه ضمانها كما يسقط بردها إلى يده وفي بقاء الضمان عليه دليل على أنه ليس عودها إلى الاصطبل عـود إلى يده.

فصل: ولا يجوز للمعير أن يأخذ بالعارية رهناً لأن الرهن في الأعيـان لا يصح أن يـأخذ بهـا ضامن لأن ضمـان الأعيان لا يصـح إلا باليـد فإن شـرط عليه فيهـا رهناً أو ضـامناً بـطلت

العارية بأحد الشروط المبطلة لها ثم قبضها المستعير وتصرف بها ضمن الرقبة، فأما ضمانه لأجرة المنفعة فعلى وجهين:

أحدهما: يكون ضامناً للأجرة لأن فسادها رافعاً لحكمها.

والوجه الثاني: أن الأجرة عليه لأن كل عقد فسد فحكمه في وجوب الضمان وسقوطه حكم الصحيح منه ألا تراه يضمن فاسد القرض ولا يضمن فاسد الشركة.

فصل: فإذا طالب المعير المستعير برد العارية كانت مؤنة ردها واجبة على المستعير بخلاف المستأجر، والفرق بينهما أن تسليم المنفعة في الإجارة مستحق على المؤجر فكانت مؤنة الرد عليه وتسليمها في العارية هبة للمستعير فكانت مؤنة الرد عليه.

فصل: وإذا ادّعى المستعير العارية من رجل بإذن المعير جاز ثم نظر فإن لم يسمه فالمستعير الأول على عاريته وهو المعير عليها من الثاني وضمانها باق عليه وله الرجوع فيها إن شاء وإن سماه للمعير خرج المستعير الأول منها وبرىء من ضمانها ولم يبطل على الثاني برجوعه فيها فلو ردها الثاني على الأول لم يبرأ وفي المسألة الأولى يبرأ والله أعلم.

كِتَابُ الْغَصْبِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ ثَوْباً شَقًّا صَغِيراً أَوْ كَبِيراً يَأْخُذُ مَا بَيْنَ طَرَفَيْهِ طُولاً وَعَرْضاً أَوْ كَسَرَ لَهُ شَيْئاً كَسْراً صَغِيراً أَوْ كَبِيراً أَوْ رَضَّضَهُ أَوْ جَنَى لَهُ عَلَى مَمْلُوكٍ فَأَعْمَاهُ أَوْ شَجَّهُ مُوضحة فَذَلِكَ كُلُّهُ سَوَاءٌ وَيَقُومُ الْمَتَاعُ كُلُّهُ وَالْحَيَوَانُ غَيْرَ الرَّقِيقِ صَحِيحاً وَمَكْسُوراً أَوْ صَحِيحاً وَمَجْرُوحاً قَدْ بَرِئَ مِنْ جُرْحِهِ ثُمَّ يُعْطَى مَالِكُ ذَلِكَ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ وَيَكُونُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الْجِنَايَةِ لِصَاحِبِهِ نَفَعَهُ أَوْ لَمْ يَنْفَعْهُ فَأَمَّا مَا جَنَى عَلَيْهِ مِنَ الْعَبْدِ فَيَقُومُ صَحِيحاً قَبْلَ الْجِنَايَةِ ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى الْجِنَايَةِ فَيُعْطَى أَرْشَهَا مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ صَحِيحاً كَمَا يُعْطَى الْحُرُّ مِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ مِنْ دِيَتِهِ بَالِغاً ذَلِكَ مَا بَلَغَ وَلَوْ كَانَتْ قِيماً كَمَا يَأْخُذُ الْحُرُّ دِيَاتٍ (قال الشافعي) وَكَيْفَ غَلِطَ مَنْ زَعَمَ أَنَّهُ إِنْ جَنَى عَلَى عَبْدِي فَلَمْ يُفْسِدْهُ أَخَذْتُهُ وَقِيمَةَ مَا نَقَصَهُ وَإِنْ زَادَ الْجَانِي مَعْصِيَةَ اللَّهِ تَعَالَى فَأَفْسَدَهُ سَقَطَ حَقِّي إِلَّا أَنْ أُسَلِّمَهُ يَمْلِكُهُ الْجَانِي فَيَسْقُطَ حَقِّي بِالْفَسَادِ حِينَ عَظُمَ وَيَثْبُتُ حِينَ صَغُرَ وَيَمْلِكُ عَلَى حِينَ عَصَى فَأَفْسَدَ فَلَمْ يَمْلِكْ بَعْضاً بِبَعْضِ مَا أَفْسَدَ وَهَذَا الْقَوْلُ خِلَافُ لِأَصْلِ حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي أَنَّ الْمَالِكِينَ عَلَى مِلْكِهِمْ لَا يُمْلَكُ عَلَيْهِمْ إِلَّا بِرِضَاهُمْ وَخِلَافُ الْمَعْقُولِ وَالْقِيَاسِ».

قال الماوردي: والأصل في تحريم الغصب وحظر الأموال الكتاب والسنة وإجماع الأمة قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠].

والبغي والغصب من جملة المنكر والبغي. وقال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والغصب من الباطل. وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً﴾ [النساء: ١٠] وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢].

والغصب من جملة الظلم؛ لأن حقيقة الظلم وضع الشيء غير موضعه. ولذلك قيل أرض مظلومة، وفيها تأويلان:

أحدهما: أن يتجاوزها المطر.

والثاني: أن يأتيها من غير أوانه.

وقال الشاعر: وهو تميم بن أبي مقبل:

عَـادَ الأَذِلَّةُ فِي دَارٍ وَكَـانَ بِـهَـا هُـرْتُ الشَّقَـاشِقِ ظَـلَّامُـونَ لِلْجُـزُرِ

وفيها تأويلان:

أحدهما: أن يعقر في غير منحر على عادة الجاهلية في قطع العراقيب. والثاني: أن ينحر لغيرما سبب. وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ في خطبة الوداع أنه قال: أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ اسْمَعُوا مِنِّي أُبَيِّنْ لَكُمْ فَإِنِّي لَا أَدْرِي لَعَلِّي لَا أَلْقَاكُمْ بَعْدَ عَامِي هَذَا فِي مَوْقِفِي هَذَا. أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ إِلَى أَنْ تَلْقَوا رَبَّكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ اللَّهُمَّ اشْهَدْ، فَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا. أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَلَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ؟ اللَّهُمَّ اشْهَدْ فَلَا تَرْجِعُنَّ بَعْدِي كُفَّاراً يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ فَإِنِّي قَدْ تَرَكْتُ فِيكُمْ مَا إِنْ أَخَذْتُمْ بِهِ لَمْ تَضِلُّوا: كِتَابَ اللَّهِ، أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ اللَّهُمَّ اشْهَدْ

وروي عن عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لَاعِباً أَوْ جَادًّا فَإِذَا أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَيْهِ أَوْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ[1] وروى أبو سلمة بن عبد الرحمن عن سعيد بن زيد قال أَشْهَدُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: مَنِ اقْتَطَعَ مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِغَيْرِ حَقٍّ فَلَا بَارَكَ اللَّهُ لَهُ فِيهِ[2] وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: مَنْ ظَلَمَ قِيدَ شِبْرٍ مِنْ أَرْضٍ طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِين[3].

وروى هشام بن عروة عن أبيه أَنَّ رَجُلاً غَصَبَ أَرْضاً مِنْ رَجُلَيْنِ مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ مِنَ الأَنْصَارِ وَغَصَبَهَا غَرَسَهَا نَخْلاً عُمًّا فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ وروي أَنَّهُ قَالَ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ. قال عروة فأخبرني من رأى الغرس تعمل في أصولها. وفي قوله نَخْلاً عُمًّا تأويلان: أحدهما: يعني طولا.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٤/٢٢١ وأبو داود (٥٠٠٣) والترمذي (٢١٦٠) والبخاري في الأدب المفرد (٢٤١) والحاكم في المستدرك ٣/٦٣٧ والدولابي في الكنى ٢/١٤٥ وانظر نصب الراية ٤/١٦٨.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١/١٨٩.

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٥٣) (٣١٩٥) ومسلم ١/١٢٣١ كتاب المساقاة (١٤٢ - ١٦١٢) وأخرجه من حديث سعيد بن زيد البخاري (٢٤٥٢) (٣١٩٨) ومسلم ٣/١٢٣١ كتاب المساقاة (١٤٠ - ١٦١٠) والطبراني في الصغير ١/٩٩ وأبو نعيم في الحلية ١/٩٩.

والثاني: يعني أنها قد عمت بخيرها ومنه قوله ﷺ عَمَّتُكُمْ النَّخْلَةُ[١] يعني عمت بخيرها وقيل بل عنى أنها خلقت من فضل طينة آدم فصارت عمة في النسب، فأجمع المسلمون على تحريم الغصب وإن من فعله مستحلاً كان كافراً ومن فعله غير مستحل كان فاسقاً.

فصل: فإذا ثبت تحريم الغصب كما ذكرنا فالغصب هو منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق فيكمل الغصب بالمنع والتصرف فإن منع ولم يتصرف كان تعدياً ولم يتعلق به ضمان لأنه تعدى على المالك دون الملك وإن تصرف ولم يمنع كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعدٍ على الملك دون المالك فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله أم لا.

وقال أبو حنيفة: لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل فإن كان مما لا ينقل كالدور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن استدلالاً بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف فصار كحبس الإنسان عن ملكه لا يكون موجباً لغصب ماله ولأن المسروق لا يكون مسروقاً إلا بالنقل عن الحرز فكذا المغصوب لا يصير مغصوباً إلا بالنقل وتحريره قياساً أن كل ما لم يصر المال به مسروقاً لم يصر به مغصوباً كالمنع والإحالة.

ودليلنا ما روي عن عطاء بن يسار عن أبي مالك أن النبي ﷺ قال إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض غيره إلى أرض نفسه فأطلق على الأرض حكم الغلول والغصب[٢].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: لَعَنَ اللَّهُ سَارِقَ الْمَنَارِ قِيلَ وَمَا سَارِقُ الْمَنَارِ؟ قَالَ أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ الْعَلَامَةَ مِنْ أَرْضِ نَفْسِهِ إِلَى أَرْضِ غَيْرِهِ فجعل ذلك سرقة[٣] ومثله ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: مَلْعُونٌ مَنْ لَعَنَ أَبَاهُ مَلْعُونٌ مَنْ لَعَنَ أُمَّهُ مَلْعُونٌ مِنْ غَيَّرَ تُخُومَ الْأَرْضِ[٤]، وفي تخوم الأرض تأويلان: أحدهما: علماؤها. والثاني: حدودها وأعلامها ولأن ما ضمن بالقبض في العقود ضمن بالتصرف في العقود كالمحوَّل والمنقول. ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به غير المنقول كالعقود ولأنه عدوان فجاز أن يضمن به غير المنقول كالجناية.

فأما الجواب بأنَّ ما لم ينقل مختص بالمنع والإحالة كالحبس فهو أن المحبوس عن

---

(١) أخرجه العقيلي في الضعفاء ٢٥٦/٤ وابن عدي في الكامل ٢٤٢٤/٦ وذكره ابن الجوزي في الموضوعات ١٨٤/١.
(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ٣٤٠/٣.
(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك ٨٢/٤ والبيهقي في السنن الكبرى ٢٣١/٨، ٢٥٠/٩.
(٤) أخرجه أحمد في المسند ٢١٧/١، ٣١٧.

ماله حصل التعدي عليه دون ماله فلم يصر المال مغصوباً وخالف حال التصرف فيه مع اشتهار القول عرفاً أن فلاناً غصب داراً أو أرضاً. وأما الجواب عن المسروق فهو أن القطع فيها معتبر بهتك الحرز وإخراج المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقاً يقطع وخالف الغصب المعتبر بالتصرف في المال ألا ترى أنه لا يقال سرق داراً ويقال غصب داراً.

فصل: فإذا تقرر ما بينا من صفة الغصب فللمغصوب ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون باقياً.

والثاني: أن يكون تالفاً.

والثالث: أن يكون ناقصاً. فإن كان باقياً بحاله ارتجعه المالك منه فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى ولي الأمر استرجاعه وتأديب الغاصب، وإن كان مما لا أجرة لمثله كالطعام والدراهم والدنانير فقد برىء بعد رده من حكم الغصب وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق لرخص الأسعار أم لا لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق وإن كان مما لمثله أجرة كالدواب والآلات فعليه مع رد العين أجرة المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجرة وعليه مؤنة الرد إن كان لرده مؤنة.

فصل: **وأما الحال الثانية**: وهو أن يكون المغصوب تالفاً فهو مضمون عليه سواء تلف بفعله أو غير فعله، لقوله ﷺ عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيه. ثم هو على ضربين:

أحدهما: أن يكون له مثل كالذي تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان والدراهم والدنانير فعليه رد مثله جنساً ونوعاً وصفة وقدراً لأن مثل الشيء أخص به بدلاً من القيمة لأنه مثل في الشرع واللغة والقيمة مثل في الشرع دون اللغة فإن طلب أحدهم القيمة لم يجب إليها سواء كان طالبها الغاصب أو المغصوب منه لأنها غير المستحق فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففي جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة عل رد المعيب.

والضرب الثاني: ألا يكون له مثل كالذي تختلف أجزاؤه من الثياب والعبيد فعليه قيمته في أكثر أحواله قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف وبه قال جمهور الفقهاء وقال عبد الله بن حسن العنبري وأحمد بن حنبل عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالاً برواية فليت العامري عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت مَا رَأَيْتُ صَانِعاً طَعَاماً مِثْلَ صَفِيَّةَ صَنَعَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ طَعَاماً فَبَعَثَتْ بِهِ فَأَخَذَنِي أَفْكَلُ فَكَسَرْتُ الإِنَاءَ فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ قَالَ إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ.

وما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ بَنِي

عَمِّكَ سَعَوْا عَلَى إِبِلِي فَاحْتَلَبُوا أَلْبَانَهَا وَأَكَلُوا فُصْلَانَهَا فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نُعْطِيكَ إِبِلًا مِثْلَ إِبِلِكَ وَفُصْلَانًا مِثْلَ فُصْلَانِكَ. فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بنُ مَسْعُودٍ وَقَدْ رَأَيْتُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ رَأْيًا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنَ الْوَادِي الَّذِي جَنَى فِيهِ بَنُو عَمِّكَ فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَعَمْ..

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ[1] إِنْ كَانَ مُوسِراً فـأوجب قيمة الحصـة ولم يوجب مثـل تلك الحصة ولأنـه لما كـانت أجزاؤه مضمـونة بالقيمة دون المثل حتى من قطع يد دابة لم تقطع يد دابته ومن خرق ثوباً لم يخرق ثوبه وجب أن يكون في استهلاك العين بمثابته ولأن ما تخلف أجزاؤه يتعذر فيه المماثلة ولا يخلو من أن يكـون زائداً يـظلم به الغـاصب أو ناقصـاً يظلم بـه المغصوب والقيمـة عـدل يؤمن فيهـا ظلم الفريقين.

فـأما الجـواب عن قولـه إناء مثـل الإناء، وطعـام مثل طعـام، فهو أن القيمـة مثـل في الشرع. قال الله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَـدْلٍ مِنْكُمْ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ﴾ [المـائدة: ٩٥] فجعـل قيمة الجـزاء من الطعـام مثلاً، وأمـا حديث عثمان رضي الله عنه فمحمول على التفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره.

فصل: فإذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل فلا يخلو أن يكون من جنس الأثمان أو من غير جنسها فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان فقيمته من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كـان قيمة من حين الغصب إلى حين التلف في سـوقه وبلده فـإن قيل لمـا لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين وضمن نقص السوق مع تلف العين. قيل لأنه قد فوت عليه زيادة السـوق مع تلف العين ولم يفـوتها عليـه مـع بقـاء العين، وإن كـان من جنس الأثمـان فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مباح الاستعمال كالحلي ففي كيفية ضمانه وجهان:

أحدهما: تضمن قيمته مصوغـاً من غير جنسـه إن كان من الـذهب ضمن قيمته ورقـاً، وإن كان من الورق ضمن قيمته ذهباً.

والوجه الثاني: أن يضمنه بمثل وزنه من جنسه وبأجرة صياغته مثل أن يكون وزنه مـائة مثقال من ذهب وهو مصوغ فيضمنه بمائة مثقال ذهب وبأجـرة صياغتـه. وهل يجـوز أن تكون الأجرة ذهباً أم لا؟ على وجهين:

أحـدهما: لا يجـوز حتى تكـون ورقـاً لئـلا يفضي إلى الـربـا والتفـاضـل في الـذهب بالذهـب، **والوجه الثاني:** وهو أصح أنه يجوز؛ لأنه بدل من الصياغة.والعمل الذي لا يداخله

---

(١) أخرجه البخاري ١٥١/٥ كتاب العتق (٢٥٢٢) ومسلم ٢/ ١١٣٩ كتاب العتق (١/ ١٥٠١).

الربا ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقاً لأنه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم كما لا يجوز أن تباع بمائة دينار ودينار.

والضرب الثاني: أن يكون محظور الاستعمال كالأواني ففي ضمان صياغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين في إباحة ادخارهما.

أحدهما: أن ادخارها محظور وصياغتها غير مضمونة لأنها معصية لا تقر فلم تضمن كصنعة الطنبور والمزمار لا تضمن بالنقص في الإبطال فعلى هذا يضمنه بمثله وزناً من جنسه.

والوجه الثاني: أن ادخارها مباح وصناعتها مضمونة فعلى هذا في كيفية ضمانها وجهان على ما مضى.

فصل: وأما الحالة الثالثة: وهو أن يكون المغصوب ناقصاً فعلى ضربين أحدهما: أن يكون حيواناً.

والثاني: أن يكون غير حيوان. فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين:

أحدهما: أن يكون متميزاً كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها فيكون ضامناً للنقص بالمثل إن كان ذا مثل وبالقيمة إن لم يكن ذا مثل ويرد الباقي بعينه سواء كان التالف أكثر المغصوب أو أقله وهذا متفق عليه.

والضرب الثاني: أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره أو رضضه فإن كان الناقص منه أقل منافعه أخذه وما ينقص من قيمته إجماعاً فيقوم صحيحاً فإذا قيل مائة درهم قوم ممزقاً أو مكسوراً فإذا قيل ستون درهما فنقصه أربعون درهماً فيأخذه ممزقاً أو مكسورا ويأخذ معه أربعين درهماً وإن كان الناقص أكثر منافعه فقد اختلف الفقهاء فيه فذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يأخذه وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوي مائة درهم فصار بعد النقص يساوي درهماً أخذه وتسعة وتسعين درهماً. وهكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لهما قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المرضوض والممزق ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة.

وقال مالك يكون المالك مخيراً بين تسليمه إلى الغاصب ويأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقصاً ولا أرش له.

وقال أبو حنيفة: يكون المالك مخيراً بين أن يتمسك به ويرجع بأرش نقصه وبين أن يسلمه للغاصب ويرجع بجميع قيمته.

وإذا تمزق الثوب وترضض الإناء حتى بلغ النقص جميع قيمته غرم القيمة وملك المرضوض والممزق استدلالاً بأن لا يصير جامعاً بين البدل والمبدل. قالوا ولأن العين إذا ذهب أكثر منافعها صار الباقي ذاهب المنفعة فجاز له أن يرجع بجميع القيمة ولأن الأقل تبعاً للأكثر فلما كان غارماً لأكثر المنافع وجب أن يكون غارماً لأقلها ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

فإذا اعتدى باستهلاك البعض لم يجز أن يعتدى عليه باستهلاك الكل ولأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أقله لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياساً على النقص المميز، ولأن ما لم يكن تمييز بعضه موجباً لغرم لم يكن عدم تمييزه موجباً لغرم جميعه قياساً على النقص الأقل ولا يدخل على هاتين العلتين أطراف العبد.

فأما الجواب عن قولهم إنه جمع بين البدل والمبدل فهو غير صحيح لأن المأخوذ بدل من المستهلك دون الباقي فلم يكن جمعاً بين البدل والمبدل وأما الجواب عن قولهم إن الباقي من المنافع بعد ذهاب أكثرها ذاهب فهو أنه قول مطروح وعيان مدفوع ولو جاز أن يكون الباقي ذاهباً لكان الذاهب باقياً وأما الجواب عن قولهم إن الأقل تبع للأكثر فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلاً على وجوب ضمان الأقل تبعاً لوجوب الضمان في الأكثر لكان دليلاً على سقوط ضمان الأقل تبعاً لسقوط الضمان في الأكثر حتى أنه لو أتلف أقل المنافع لم يضمنها لأنه يضمن الأكثر منها وهذا قول مردود.

فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر نقصه قليلاً كان النقص أو كثيراً نفع الباقي منه أو لم ينفع نظر فإن كان من غير جنس الأثمان ضمن نقص قدر قيمته وإن كان من جنس الأثمان فقد قال أبو حنيفة: ليس له الرجوع بنقصه. وهو بالخيار بين تسليمه إلى الغاصب وأخذ قيمته كلها وبين إمساكه ولا أرش له لأن الأثمان مستحقة في الأرش فلم يجز أن يدخلها وهذا خطأ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه ولم يجز مع إمكان الأرش أن يكون هدراً وإذا كان هذا ضامناً ففي كيفية ضمانه وجهان على ما مضى:

أحدهما: يضمن أجرة صنعته لا غير.

والثاني: يضمن قدر النقص من قيمته ذهباً إن كان من ورق وورِقاً إن كان من ذهب.

فصل: فإن كان حيواناً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بهيمة.

والثاني: أن يكون آدمياً فإن كان بهيمة فإنه يردها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة

وناقصة وسواء كان النقص بجناية أو حادثة وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در وقال أبو حنيفة :

إن كان حيواناً ينتفع به من جهة واحدة كذات ظهر لا در لها مثل البغال والحمير أو ذات در لا ظهر لها كالغنم ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا، وإن كان ينتفع بها من جهتين كظهر ودر كالإبل والبقر كان في إحدى عينيه ربع قيمته وسائر أعضائه ما نقص استدلالاً بما رواه عن عمر رضي الله عنه أنه حكم في إحدى عيني بقرة بربع قيمتها وهذا خطأ لأن ما لم تضمن أعضاؤه بمقدر لم تضمن عينه بمقدر قياساً على سائر الأعضاء وما روي عن عمر رضي الله عنه فلا دليل فيه لأنها قضية وافقت الحكومة فيها ربع القيمة.

فصل: وقال مالك: إذا قطع ذنب حمار القاضي كان عليه جميع قيمته ولو كان لغير القاضي لزمه ما نقص من قيمته استدلالاً بأن في قطع ذنب حماره غضاضة على المسلمين ووهن في الدين وحسبك بقبح هذا القول دليلاً على فساده ولو جاز أن يجب في ذنب حماره جميع القيمة لوجب ذلك في تحريق ثيابه والتعدي في قماشه ولتضاعفت الجناية عليه على الجناية على غيره ولكان كل ما اختص به زائداً في الحكم على من سواه وفي اتفاق الجميع على أن القاضي وغيره في ضمان ما استهلكه أو جنى عليه وجب أن يكون وغيره على سواء في الجناية على حماره.

فصل: وأما الآدمي والعبد الذي يضمن بالجناية واليد فلضمان نقصه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يضمن باليد وحدها.

والثاني: أن يضمن بالجناية وحدها.

والثالث: أن يضمن باليد والجناية معاً. فأما الحالة الأولى وهو أن يضمن باليد دون الجناية فصورته أن يغصب عبداً فيحدث به مرض يذهب منه عينه أو تتآكل منه يده أو ينهك بدنه فإنه يكون مضموناً على غاصبه بما نقص من قيمته سواء كان النقص في عضو مقدر بالأرش كالعين واليد أو غير مقدر كنحول الجسد لأنه لما كان ملحقاً في ضمان اليد بالبهائم دون الأحرار وجب أن يكون مضموناً بقدر النقص كالبهائم دون الأحرار وسواء زاد على ضمان الجناية أو نقص حتى لو ذهبت إحدى عينيه فنقص من قيمته الثلث لم يلزمه أكثر منه ولو نقصه الثلثان لم يقتصر على أقل منه، وذكر ابن أبي هريرة عن بعض أصحابنا أنه سوى بين ضمان اليد وضمان الجناية في التقدير وهو خطأ لما ذكرنا.

فصل: فأما الحالة الثانية: وهو أن يضمنه بالجناية دون اليد فصورته: أنه يرمي عبداً فيقلع إحدى عينيه أو يقطع يده أو يجرح جسده فكل ما لم يتقدر من الحر وكان فيه حكومة

كالذي يتقدر من الموضحة وشجاج الرأس ويتقدر من الجائفة من جراح الجسد ففيه من العبد ما نقص من قيمته لأن العبد أصل فيها للحر في اعتباره من نقص ديته. وكل ما كان مقدراً في الحر من ديته كان مقدراً في العبد من قيمته فعلى هذا في يدي العبد قيمته لأن في يدي الحر ديته وفي إحدى يديه نصف قيمته لأن في إحدى يدي الحر نصف ديته وفي إحدى أصابعه عشر قيمته لأن في إحدى أصابع الحر عشر ديته ثم كذلك في الشجاج وسائر الأعضاء، وقال مالك لا يضمن العبد بمقدر إلا في الشجاج الأربعة الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة وهو مضمون فيما سوى هذه الأربعة بما نقص من قيمته. ودليلنا عليه أن ما تقدر في جراح الحر تقدر في جراح العبد قياساً على الشجاج الأربع ولأن ما تقدرت الجناية في شجاجه تقدرت الجناية في أطرافه كالحر.

فصل: فإذا ثبت أن الجناية عليه مضمونة بمقدر من قيمته فله أن يأخذ العبد بأرش الجناية وإن كانت بجميع قيمته كالجناية على يديه فيها جميع قيمته وكالجناية على ذكره توجب جميع قيمته وإن زادت قيمته بالجناية أضعافاً وهكذا لو أوجبت الجناية فيما استحقها على الجاني والعبد على ملكه فقطع ذكره وأنثييه يوجب كل منهما قيمته كاملة.

وقال أبو حنيفة إن كان أرش الجناية نصف القيمة فما دون أخذها من العبد على ملكه وإن كانت أكثر من النصف ملك الجاني بها العبد وعليه جميع قيمته ولا يوجب في الجناية عليه أكثر من قيمة واحدة استدلالاً بأنه مملوك فلم يجز أن يضمن بأكثر من قيمته كالأموال، قال ولأن في غرم القيمة ورد العبد جمعاً بين البدل والمبدل وذلك غير جائز.

ودليلنا من وجهين:

أحدهما: أن الجاني لا يملك العبد بجنايته.

والثاني: أنها قد توجب أكثر من قيمته.

فأما الدلالة على أن الجاني لا يملك العبد بجنايته فهو أن كل ما لم يملك به غير العبد لم يملك به العبد كالغصب ولأن كل من لم يملك بالجناية على نصفه لم يملك بالجناية على أكثره كالمدبر وأم الولد والمكاتب. ولأنها جناية على عبد فلم يجز أن يملك بها قياساً على من لم يزد أرشه على النصف، ولأن جماعة لو اشتركوا في الجناية عليه في أكثر قيمته لم يملكوه فكذلك الواحد.

وتحريره: أن كل جناية لا تكون سبباً للملك عند الاشتراك لا تكون سبباً للملك عند الانفراد قياساً على نقص من النصف وأما الدلالة على أنها قد توجب أكثر من قيمته فهو أن كل من تقدرت الجناية في أطرافه جاز أن تزيد على ضمان نفسه كالحر. ولأن كل ما ضمن

بالجناية على الحر ضمن بالجناية على العبد قياساً على ما لم يزد على ضمان النفس. ولأن كل جناية أوجبت الزيادة على ضمان النفس في الحر أوجبت الزيادة على ضمان النفس في العبد قياساً على تكرار الجناية بعد الاندمال ولهذه المعاني امتنع أن يلحق بضمان الأموال، وأما ما ذكره من الجمع بين البدل والمبدل فخطأ لأن المأخوذ بدل من الأطراف الفانية وليس ببدل من النفس الباقية كالحر الذي تؤخذ ديات أطرافه مع بقاء نفسه ولا يكون جمعاً بين بدل ومبدل.

وأما الحالة الثالثة: وهو أن يضمنه باليد والجناية جميعاً. فصورتها أن يغصب عبداً فيقطع يده فلا يخلو حال قاطعها من أن يكون الغاصب أو غيره، فإن قطعها الغاصب فهو ضامن لها بأكثر الأمرين من ضمان اليد أو ضمان الجناية لأن إحدى اليدين مضمونة في الجناية بنصف القيمة وفي الغصب بما نقص من القيمة، فإذا كان الناقص من قيمته أكثر من النصف ضمنه ضمان الغصب لأنه لو انفرد بالغصب من غير جناية لضمن جميع نصفه، فإذا صار مع الغصب جانياً فأولى أن يضمنه، وإن كان الناقص من قيمته أقل من النصف ضمنه ضمان الجناية لأنه لو انفرد بالجناية من غير غصب ضمن نصف قيمته فإذا صار مع الجناية غاصباً فأولى أن يضمنه وإن كان الناقص من قيمته أقل من النصف ضمنه ضمان الجناية لأنه لو انفرد بالجناية من غير غصب ضمن نصف قيمته فإذا صار مع الجناية غاصباً فأولى أن يضمنه وإن كان الجاني غير الغاصب فهو مضمون على الغاصب بأكثر الأمرين من ضمان الجناية أو ضمان الغصب وهو مضمون على الجاني ضمان الجناية دون الغصب وهو بالخيار بين الرجوع على الجاني أو الغاصب وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الجناية وضمان الغصب من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتساويا فيكون الناقص من قيمته بقطع إحدى يديه النصف فله الخيار في الرجوع على أيهما شاء فإن رجع به على الغاصب رجع الغاصب به على الجاني وإن رجع به على الجاني لم يرجع الجاني به على الغاصب والله أعلم.

والقسم الثاني: أن يكون ضمان الجناية أكثر من ضمان الغصب مثل أن يكون الناقص من قيمته الثلث فله الرجوع بضمان الجناية وهو نصف القيمة على أيهما شاء فلو رجع به على الغاصب رجع الغاصب به على الجاني وإن رجع به على الجاني لم يرجع به الجاني على الغاصب.

والقسم الثالث: أن يكون ضمان الغصب أكثر من ضمان الجناية مثل أن ينقص من قيمته الثلثان فإذا أراد الرجوع به على الغاصب رجع عليه بثلثي القيمة وهو ضمان الغصب

ورجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة وهو ضمان الجناية وإن أراد الرجوع على الجاني رجع عليه بنصف القيمة ضمان الجناية ورجع بالسدس الزائد عليه بضمان الغصب على الغاصب لاختصاصه بضمانه دون الجاني فإن أراد أن يقتص لعبده لكون الجاني عبداً فاقتص من إحدى يديه قوداً برىء الغاصب من نصف القيمة لاستيفاء السيد له بالقصاص وبقي عليه السدس الزائد بضمان الغصب فيرجع به السيد على الغاصب وحده.

فصل: وإذا غصب عبداً فجنى العبد في يد الغاصب جناية عمد تستوعب جميع قيمته فالغاصب ضامن لما يستوفي من جنايته لأنه مضمون في يده وسواء استوفى ذلك في يد الغاصب أو في يد سيده لأنه يصير بالجناية مستحقاً من يد سيده بما هو مضمون على غاصبه وإذا كان كذلك فللمجني عليه حالتان:

حالة يعفو وحالة يستوفي فإن عفا خلص العبد لسيده وبرىء الغاصب من ضمان جنايته ولم يكن للسيد أن يطالبه بأرشها لأنه حق وجب لغيره فسقط بعفوه وإن استوفى المجني عليه حقه ولم يعفوا فعلى ضربين:

أحدهما: أن يستوفيه قوداً.

والثاني: أن يستوفيه غرماً فإن استوفاه قوداً ضمن الغاصب ما أخذ بالقصاص فإن كان القصاص في نفسه ضمن جميع قيمته وإن كان في طرفه ضمن قدر نقصه سواء كان النقص مما تتعدد فيه الدية أو لا. لأن الطرف مضمون باليد دون الجناية فوجب أن يضمن بالنقض دون القدر وإن استوفاه غرماً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون العبد في يد الغاصب.

والثاني: أن يكون قد عاد إلى يد السيد فإن كان في يد الغاصب فلا يخلو أرش الجناية من أحد أمرين. إما أن يزيد على قيمة العبد أم لا؟ فإن لم يزد على قيمته كان الغاصب مأخوذاً بغرمها للمجني عليه ليخلص العبد لسيده ولا معنى لبيعه في الجناية ثم غرم قيمته للسيد لأن إمكان رده يمنع من أخذ السيد لقيمته فإن كان الأرش زائداً على قيمة العبد ففي قدر ما يؤخذ الغاصب بغرمه قولان مبنيان على اختلاف قوليه في السيد إذا منع من بيع عبده الجاني هل يلزمه قدر قيمته أو جميع أرش جنايته لأن الغاصب مأخوذ بفكاك العبد فصار مانعاً من بيعه ببدل الجناية فكان على قولين:

أحدهما: أن الغاصب مأخوذ بغرم قيمته لا غير ولا شيء للمجني عليه سواها ويخلص العبد لسيده.

والقول الثاني: أن الغاصب مأخوذ بغرم جميع الأرش وإن كانت قيماً ليخلص العبد

لسيده، فأما إن كان العبد قد عاد إلى يد سيده فلا مطالبة للسيد على الغاصب بأرش الجناية لأنه حق لغيره ولا مطالبة للمجنى عليه على الغاصب أيضاً لأن جناية العبد في رقبته وللمجنى عليه أن يأخذ العبد ليستوفي منه أرش جنايته فإذا أخذه فللسيد أن يأخذ الغاصب بفكاكه ورده فإن سبق المجني عليه إلى بيعه فليس له أكثر من ثمنه وإن كان أقل من أرش جنايته وعلى الغاصب أن يغرم للسيد قيمته وليس عليه أن يستخلصه من مشتريه لأنه قد ملكه ببيع الحاكم له ومن ملك شيئاً لم يلزمه النزول عنه.

فصل: ولو غصب عبداً في عنقه جناية لم يفد منها فاستوفيت في يد الغاصب فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن تستوفى غرماً أو قوداً فإن استوفيت غرماً بيع منه بقدرها ولا ضمان على الغاصب فيما بيع منه لأنه مستحق من يد السيد فصار كاستحقاقه بغير جناية وإن استوفيت قودا، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون في نفس.

والثاني: أن يكون في طرف، فإن كانت في نفس سقط عنه ضمان الغصب وكان القود منه كقبض السيد له، وإن كانت في طرف سقط عنه من ضمانه الأرش المقدر في طرفه لأنه مقوم شرعاً بمقدر فيه فإن كان الناقص من قيمته أكثر من المقدر ضمن الزيادة عليه مثاله أن يقتص من إحدى يديه المقدر بنصف القيمة فتنقص ثلثا قيمته فيلزم إذا رده أن يغرم سدس القيمة لأنها زيادة نقص حدثت في يده.

فصل: فلو كان قد جنى في يد سيده بقدر قيمته ثم جنى في يد الغاصب جناية بقدر قيمته فصارت الجنايتان في رقبته وهما ضعف قيمته فيشتركان في الرقبة ويصير حق كل واحد منهما متعلق بنصف الرقبة حكماً والنصف الآخر الذي استحقه الثاني في يد الغاصب مستحق على الغاصب وخلاصه به وفي قدر ما يخلصه به قولان: أحدهما: نصف القيمة.

والثاني: جميع الأرش وهو جميع القيمة والنصف الذي استحقه الأول في يد السيد ليس يلزم خلاصه فإن سلم العبد من جناية الثاني بإفتاك الغاصب له سلم كله للأول بخلاصه من جناية الثاني مع بقائه على ملك السيد وللأول أن يستوفي جميع أرشه من كل رقبته والغاصب بريء منها فيتوصل بالجنايتان بالغصب إلى استيفاء جميع الأرشين على ما وصفنا ولولاه لوكل كل واحد منهما إلى نصف حقه لاشتراكهما بالأرشين في رقبته فلو كان العبد بعد الجنايتين مات في يد الغاصب ضمن الغاصب جميع قيمته وكانت بين الأول والثاني نصفين ثم على الغاصب أن يغرم للسيد نصف القيمة وهو ما استحقه الثاني منها لأنه ضامن لذلك

لحدوثه في يده فإذا أخذه السيد كان للأول أن يختص بأخذه لأنه بدل من العبد الذي استحق الجناية في رقبته وليس للسيد إذا استحق للأول ذلك من يده أن يرجع به على الغاصب لأنه من ضمانه لا من ضمان الغاصب فيتوصل الأول لموته مغصوبا إلى استيفاء جميع أرشه دون الثاني.

فصل: وإذا قتل السيد عبده المغصوب في يد الغاصب كان قبضاً وبرىء الغاصب من ضمانه ولو قطع إحدى يديه كان استيفاء لأقل الأمرين من نصف القيمة المقدرة في إحدى اليدين أو ما نقص من قيمته وكان ما بقي بعد أقلها مضموناً على الغاصب فإن نقص من قيمته بالقطع ثلثها أخذ الغاصب بعد رده مقطوعاً بغرم السدس من قيمته لأنه نقص زائد في يده ولو أعتقه السيد كان عتقه قبضاً يبرأ الغاصب به من ضمانه ولو كاتبه لم يبرأ بالكتابة من ضمانه إلا أن يعتق بالأداء فيبرأ وكذلك لو دبره لم يبرئه التدبير إلا أن يعتق بموت السيد فيبرأ بالعتق وكذلك أم الولد إذا غصبت ثم أعتقت في يد الغاصب بموت السيد برأ الغاصب.

فصل: وإذا جنى السيد على عبده فمثل به لم يعتق عليه وكانت جنايته هدراً وقال مالك يعتق عليه بالمثله استدلالاً برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ عُتِقَ عَلَيْهِ»[1]، قالوا ولأنه فعل ما لم يكن له موجب منع ما كان له كالقاتل لمورثه يمنع من ميراثه.

ودليلنا: أن الأفعال المؤلمة لا توجب العتق كالضرب. ولأن كل جناية لا تبين بها الزوجة لا يعتق بها العبد كالتي لا مثلة فيها ولأن كل ملك لا يزول بجناية لا مثلة فيها لم يزل بجناية فيها مثلة كالزوجين. ولأن الجناية توجب إما غرماً وإما قوداً وليس العتق واحد منهما، فأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب مع ضعف طريقه فمن وجهين:

أحدهما: أن المقصود به التغليظ والزجر كما قال من قتل عبده قتلناه.

والثاني: أنه محمول على تعليق عتقه بالمثلة فيعتق بها وإن كانت محظورة.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن فعله ما لم يكن له موجب منع ما كان له ففاسد بما لا مثلة فيه من الجراح.

فصل: فإذا غصب حراً صغيراً فمات في يده حتف أنفه أو لسعته حية فلا ضمان عليه وقال أبو حنيفة إن مات حتف أنفه لم يضمنه وإن لسعته حية فعليه ضمان ديته. وهذا خطأ لأن

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/٢٢٥ والحاكم في المستدرك ٤/٣٦٨ وابن سعد ٧/١٩٨ والبيهقي في السنن الكبرى ٨/٣٦ وابن عدي في الكامل ٢/٧٨٦.

الحر لا يضمن باليد كالكبير ولأن من لم يضمن بالموت كبيراً لم يضمن به صغيراً كالميت حتف أنفه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةً تُسَاوِي مِائَةً فَزَادَتْ فِي يَدِهِ بِتَعْلِيمٍ مِنْهُ أَوْ لِسَمنٍ وَاعْتِنَاءٍ مِنْ مَالِهِ حَتَّى صَارَتْ تُسَاوِي أَلْفاً ثُمَّ نَقَصَتْ حَتَّى صَارَتْ تُسَاوِي مِائَةً فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَتِسْعمَائَةٍ مَعَهَا كَمَا تَكُونُ لَهُ لَوْ غَصَبَهُ إِيَّاهَا وَهِيَ تُسَاوِي أَلْفاً فَنَقَصَتْ تِسْعَمَائَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. وهذه المسألة مشتملة على فصلين: أحدهما: أن يغصبها زائدة فتنقص ثم تزيد. والثاني: أن يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص فهي مسألة الكتاب وصورتها فيمن غصب أمة تساوي مائة فزادت ببرء أو سمن أو تعليم قرآن أو خط حتى صارت تساوي ألفاً ثم نقصت وعادت إلى حالها حين غصبت لعود المرض والهزال ونسيان ما علمت من الخط والقرآن حتى صارت تساوي مائة فإنه يردها ويرد معها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثة في يده.

وقال أبو حنيفة يردها ولا غرم عليه لنقص ما زاد في يده استدلالاً بأنه رد المغصوب كما أخذه فاقتضى أن لا يلزمه غرم قياساً عليه لو لم تحدث الزيادة في يده. قال ولأن الزيادة في يد الغاصب قد تكون من وجهين زيادة السوق وزيادة العين فلما كانت زيادة السوق غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت كانت زيادة العين غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت وتحريره قياساً أنها زيادة حدثت في يد الغاصب فوجب ألا يضمنها مع بقاء المغصوب قياساً على زيادة السوق طرداً وعلى تلف المغصوب عكساً ولأن ضمان الغصب إنما يستحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب وإن صارت تحت اليد ألا ترى لو أن شاة دخلت دار رجل لم يضمنها وإن صارت تحت يده وهكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لحصول ذلك بغير فعله وكذلك الزيادة الحادثة في يده.

ودليلنا هو: أنه نقص عين في يد الغاصب فوجب أن يكون مضموناً عليه قياساً على نقصها عن حال غصبها بأن يغصبها صحيحة فتمرض أو سمينة فتهزل ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها. كذلك وإن لم يبعها ويحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن كل عين ضمنت بالغصب ضمن ما تلف من زيادتها في الغصب قياساً على تلفها في يد المشتري.

والثاني: أن كل زيادة ضمنها الغاصب لو تلفت في يد المشتري ضمنها وإن تلفت في

يد نفسه قياساً على تلفها بجنايته، ولأن كل عين يضمنها الغاصب بجنايته فضمانه لازم، وإن تلفت بغير جنايته كالأصل. ولأن ما ضمن أصله بالتعدي ضمنت زيادته في حال التعدي قياساً على الصيد إذا زاد في يد المحرم ثم نقص فإن أبا حنيفة يوافق على ضمان نقصه.

فالجواب عن قياسهم على ما لم يرد بعلة أنه رده مثل ما غصبه فمن وجهين:

أحدهما: بطلانه بحدوث الزيادة في يد المشتري.

والثاني: أن معنى الأصل عدم الزيادة التابعة للأصل. وأما قياسهم على زيادة السوق فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه لم يضمن زيادة السوق إذا نقصت في يد المشتري لم يضمنها إذا نقصت في يد نفسه ولما ضمن زيادة العين إذا نقصت في يد المشتري ضمنها إذا نقصت في يد نفسه.

والثاني: أنه لما لم يضمن زيادة السوق إذا كانت موجودة وقت الغصب لم يضمنها إذا حدثت بعد الغصب ولما ضمن زيادة العين إذا كانت موجودة وقت الغصب ضمنها إذا حدثت بعد الغصب.

ثم الفرق بين زيادة السوق والعين على أصول المذهب من وجهين:

أحدهما: أن له على زيادة العين يداً وليس له على زيادة السوق يد فضمن زيادة العين بثبوت يده عليها ولم يضمن زيادة السوق لارتفاع يده عنها.

والثاني: أن زيادة العين يكون فواتها نقصاً مضموناً لمنع المشتري بها من الرد بالعيب وزيادة السوق لا يكون فواتها مع بقاء العين نقصاً مضموناً، ألا ترى أن المشتري لو ابتاع جارية تساوي ألفاً فنقصت قيمتها بالسوق حتى صارت تساوي مائة ثم وجد بها عيباً لم يمنعه ذلك من ردها به ولو كان ذلك نقصاً لكان ممنوعاً من الرد بالعيب وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره وإطارة الريح ثوباً إليها فهو أن صاحب الدار وإن لم يعلمه بحصولها في داره فهو ضامن كالغاصب لتعديه بترك إعلامه فعلى هذا يبطل الاستدلال وإن أعلمه لم يضمن والفرق بينهما أن الغاصب يجب عليه رد الزيادة فضمنها وصاحب الدار لا يجب عليه رد الشاة والثوب فلم يضمنها وإنما عليه التمكين منها بعد الطلب.

وأما الفصل الثاني: وهو أن يغصبها زائلة فتنقص ثم تزيد فصورته فيمن غصب جارية تساوي ألفاً لصحتها فتمرض حتى تساوي مائة ثم تبرأ فتزيد بالبرء حتى تساوي ألفاً ثم تسترد فلا يخلو حال الزيادة في الطرفين من أن تكون من جنس واحد أو من جنسين فإن كانتا من

جنسين فمثاله أن يغصبها مريضة تساوي ألفاً فيذهب عينها حتى تساوي مائة ثم تبرأ من مرضها حتى تساوي ألفاً فعليه إذا ردها أن يرد معها تسعمائة درهم نقص العمى ولا يكون حدوث الزيادة ببرء المرض مسقطاً لغرم النقص بالعمى وهكذا لو غصبها وقيمتها ألف لأنها كاتبة تحسن الخط فنسيته حتى صارت قيمتها مائة ثم تعلمت القرآن فصارت قيمتها بعد تعلمه ألفاً ردها وتسعمائة معها ولا تكون الزيادة بتعليم القرآن جبراً للنقص بنسيان الكتابة، وهكذا لو كانت تساوي عند غصبها ألفاً فمرضت حتى تساوي مائة ثم زادت السوق فصارت تساوي مع بقاء المرض ألفاً ردها ورد معها نقص المرض تسعمائة. وإن كانت الزيادتان من جنس واحد فمثاله أن يغصبها وقيمتها ألف لسلامتها فتذهب عينها حتى تساوي مائة ثم تبرأ عينها فتساوي بعد برئها ألفاً ويحدث بها مرض حتى تساوي قيمتها مائة ثم تبرأ منه حتى تعود قيمتها فتصير ألفاً أو تكون قيمتها ألفاً لحفظ القرآن فتنساه فتصير قيمتها مائة ثم تحفظه فتصير قيمتها ألفاً ففي ضمان النقص وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه غير مضمون على الغاصب لأن ضمان الزيادة لم يفت استشهاداً بقول الشافعي فيمن جنى على عين رجل فابيضت فأخذ ديتها ثم زال البياض أنه يرد ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحة فكذلك الغاصب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري والأشبه بأصول الشافعي رضي الله عنه أنه مضمون على الغاصب فيردها وتسعمائة معها ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته فما طرأ بعده من زيادة البرء فحادث على ملك المغصوب منه فلم يجز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم وليس كبياض العين بالجناية لأنها مضمونة بالفعل، والغصب مضمون باليد فعلى هذا يتفرع على هذين الوجهين إذا ماتت بعد برئها ضمن على قول أبي علي بن أبي هريرة ألفاً هي قيمتها وعلى مذهب أبي سعيد الإصطخري يضمن ألفاً وتسعمائة. أما التسعمائة فينقصها وأما الألف فقيمتها. ويتفرع عليها إذا غصبها وهي تساوي ألفاً فمرضت حتى صارت قيمتها مائة ثم برئت حتى صارت قيمتها ألفاً ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة فعلى قول أبي علي يردها وتسعمائة نقص مرة واحدة وعلى قول أبي سعيد يرد معها ألفاً وثمان مائة نقصها مرتين وهكذا لو عاد نقصها مائة مرة ضمن مائة نقص فلو عادت بعد النقص الثاني إلى البرء ثم ردها لم يلزمه على قول أبي علي شيء ولزمه على قول أبي سعيد غرم نقصين.

فصل: وإذا غصب عبداً ثميناً يساوي ألفاً فأهزله حتى ذهب سمنه ولم تنقص قيمته لم يضمن شيئاً ولو خصاه فلم تنقص قيمته ضمن القيمة والفرق بينهما أن الهزال غير مقدر

بالأرش ولا بالنقص فإذا لم ينقص لم يكن له أرش والخصاء مقدر بالقيمة إذا نقص لزمه ما تقدر من القيمة.

فصل: وإذا غصب عبداً يساوي مائة فزادت السوق حتى صار يساوي ألفاً ثم قطع إحدى يديه فعليه خمسمائة نصف الألف لأن زيادة السوق مضمونة مع فوات العين وهو مفوت بقطع إحدى اليدين نصف العين فيضمن النصف بزيادة السوق وعلى هذا لو كانت قيمته عند الغصب ألفاً ثم نقصت السوق فصارت قيمته مائة ثم قطع إحدى يديه ضمن خمسمائة لما ذكرناه تعليلاً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْحُكْمِ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن الغصب مضمون بأكثر ما كانت قيمته سوقاً وبدناً من حين الغصب إلى وقت التلف فإن كانت العين باقية سقط ضمان نقصها في السوق ولزم ضمان نقصها في البدن وإن كانت تالفة لزم ضمان نقصها في السوق والبدن وذكرنا الفرق بين السوق والبدن مع بقاء العين وذكرنا الفرق بين نقص السوق وبقاء العين وتلفها.

وقال أبو حنيفة: المغصوب مضمون بقيمته وقت الغصب وفيما مضى من الفرق بين ما ذكر دليل عليه. فأما المقبوض عن بيع فاسد فمضمون على المشتري لأنه مقبوض على وجه المعاوضة. فأما كيفية ضمانه فقد قال الشافعي ها هنا وكذلك هذا في البيع الفاسد فاختلف أصحابنا على وجهين:

أحدهما: أنه كضمان الغصب بأكثر ما كان قيمة لأن الزيادة ملك للبائع لبقاء المبيع على ملكه فاقتضى أن تكون مضمونة مع الأصل كالغصب وهو الظاهر من قول الشافعي وكذلك هذا في البيع الفاسد.

والوجه الثاني: أنه مضمون بالقيمة وقت القبض ولا تكون الزيادة الحادثة بعد القبض مضمونة لأن البائع أباحها بغير بدل وتأولوا قول الشافعي رضي الله عنه وكذلك هذا في البيع الفاسد بأحد تأويلين. إما حمله على وجوب الضمان دون صفته. وإما حمله على ضمان الأجرة.

والقول الأول أصح وهو قول الأكثر من أصحابنا لأن تعليل الوجه الثاني بإباحة الزيادة على غير بدل يفسد بالمنافع لأنها وإن كانت مباحة بغير بدل فإنه يستحق بها الأجرة فكذلك الزيادة لأن الإباحة في الأمرين مع صحة العقد دون فساده والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فِي وَلَدِهَا الَّذِينَ وُلِدُوا فِي الْغَصْبِ كَالْحُكْمِ فِي بَدَنِهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال. ولد المغصوبة مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده وقال أبو حنيفة ولد المغصوبة غير مضمون على الغاصب سواء كان الغصب حملاً أو حادثاً إلا أن يمنع منه بعد الطلب فيضمن بالمنع استدلالاً بما ذكر في زيادة البدن، في أن حصول الشيء في يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه كالريح إذا أطارت ثوباً والشاة إذا دخلت له داراً.

ودليلنا: هو أن ولد المغصوبة في يد الغاصب كالأم بدليل أنه لو ادعاه لقبل قوله لمكان يده فوجب أن يكون ضامن له باليد كأمه ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان الصيد، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم فولد الغصب أولى أن يكون مضموناً ويتحرر من اعتلاله قياسان

أحدهما: أن ما ضمنت به الأم من التعدي ضمن به الولد كالصيد على المحرم.

والثاني: أن ما ضمن به ولد الصيد ضمن به ولد المغصوبة كما لو منع، ولأن أبا حنيفة يمنع من أن يكون حملها وقت الغصب مضموناً أو مغصوباً.

والدليل عليه هو أنه نهى عن أصل مضمون بالتعدي فصح أن يكون مضموناً ومغصوباً كالصوف واللبن. ولأنه متصل بالمغصوب فصح أن يكون مضموناً كالسمن ولأن ما ضمن بالجناية ضمن بالغصب كالمنفصل، ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعائه، صح أن يضمن به في وعائه كالدرهم في كيس والحلي في حق.

فأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره والثوب إذا أطارته الريح إليها فهو أنه لا يكون بذلك متعدياً فلم يكن ضماناً ويكون بإمساك الولد متعدياً فكان ضامناً. ألا ترى أن دخول الصيد إلى داره لا يوجب عليه الضمان لعدم تعديه وولادة الصيد في يده توجب عليه الضمان لتعديه.

فصل: فإذا ثبت أن ولد المغصوبة مضمون على الغاصب فسواء تلف بعد إمكان رده أو قبل إمكانه فضمان قيمته في أكثر أحواله من حين الولادة إلى وقت التلف فإن نقصت قيمة أمه بعد الولادة فإن كان نقصها لغير الحمل ضمنه مع قيمة الولد وإن كان نقصها لأجل الحمل لم يضمنهما معاً لأن ضمان ولدها هو ضمان لحملها فكان ضامناً لأكثر الأمرين من نقص الحمل وقيمة الولد.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه فللولد ثلاثة أحوال يضمن فيها، وحال لا يضمن فيها، وحال مختلف فيها. فأما حال الضمان ففي الغصب والجناية والإحرام فإن ضمان الولد فيها واجب كالأم. وأما حال سقوط الضمان ففي الإجارة والرهن. والوديعة فإن ولد المستأجرة

والمرهونة والمودعة غير مضمون كالأم. فأما الحال المختلف فيها ففي العارية والبيع الفاسد ففي ضمان الولد فيها وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في ضمان الأم في العارية والبيع الفاسد هل هو مضمون ضمان غصب أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه ضمان غصب فعلى هذا يكون الولد مضموناً بأكثر الأمرين من قيمته أو نقص الحمل كالغصب.

والوجه الثاني: أنه يكون مضمون ضمان عقد فعلى هذا يكون الولد غير مضمون لأنه لم يدخل في العقد.

فصل: فأما إذا غصب مالاً فاتجر به وربح فيه ففي ربحه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم أنه لرب المال وهو مذهب مالك.

والقول الثاني: أنه للغاصب وهو مذهب أبي حنيفة ويذكر توجيه القولين في كتاب القراض فأما إذا غصب شيئاً فصاد به فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون آلة كالشبكة والقوس فالصيد للغاصب وعليه أجرة الآلة.

والضرب الثاني: أن يكون عبداً فالصيد للمغصوب منه لأن يده يد لسيده وهل على الغاصب أجرته في مدة صيده أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: عليه الأجرة لأنه غاصب.

والثاني: لا أجرة عليه لأن السيد قد صار إلى منافعه في ذلك الزمان.

والضرب الثالث: أن يكون جارحاً كالكلب والفهد والنمر ففي الصيد وجهان:

أحدهما: للغاصب لأنه المرسل فعلى هذا عليه أجرة الفهد والنمر. وهل عليه أجرة الكلب أم لا؟ على وجهين.

والوجه الثاني: أن الصيد للمغصوب منه تغليباً للمالك فعلى هذا هل يلزم الغاصب أجرة ذلك في زمان صيده أم لا؟ على ما مضى من الوجهين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ بَاعَهَا الْغَاصِبُ فَأَوْلَدَهَا الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا الْمَغْصُوبُ أُخِذَ مِنَ الْمُشْتَرِي مَهْرُهَا وَقِيمَتُهَا إِنْ كَانَتْ مَيِّتَةً وَأَخَذَهَا إِنْ كَانَتْ حَيَّةً وَأَخَذَ مِنْهُ قِيمَةَ أَوْلَادِهَا يَوْمَ سَقَطُوا أَحْيَاءً وَلَا يُرْجَعُ عَلَيْهِ بِقِيمَةِ مَنْ سَقَطَ مَيِّتاً وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ بِجَمِيعِ مَا مِنْهُ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ غَرَّهُ وَلَا أَرُدُّهُ بِالْمَهْرِ لِأَنَّهُ كَالشَّيْءِ يُتْلِفُهُ فَلَا

يُرْجِعُ بِغُرْمِهِ عَلَى غَيْرِهِ وَإِذَا كَانَ الْغَاصِبُ هُوَ الَّذِي أَوْلَدَهَا أَخَذَهَا وَمَا نَقَصَهَا وَمَهْرَ مِثْلِهَا وَجَمِيعَ وَلَدِهَا وَقِيمَةَ مَنْ كَانَ مِنْهُمْ مَيِّتاً وَعَلَيْهِ الحَدُّ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِشُبْهَةٍ».

قال الماوردي: اعلم أن الشافعي رضي الله عنه ذكر هنا مسألتين:

إحداهما: في وطء المشتري فقدمها المزني. والثانية: في وطء الغاصب فأخرها المزني وتقديمها أولى لأنها مقدمة لوطء المشتري فإذا وطء الغاصب الجارية المغصوبة لم يخل حاله من أحر أمرين: إما أن تكون له شبهة أو لا شبهة له فإن لم تكن له شبهة ووطئها عالماً بتحريم الزنا وإن وطء المغصوبة زناً فعليه الحد لكونه زانياً والولد إن جاءت به مملوك ولا يلحق به لقوله ﷺ: الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ وهو مضمون عليه إن مات أكثر ما كان قيمة وإن وضعت ولداً ميتاً ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: يكون مضموناً بقيمته لو كان حياً كما يضمنه بالجناية إذا سقط ميتاً، وهو الظاهر من قول الشافعي رضي الله عنه وقيمة من كان منهم ميتاً ولعل هذا قول أبي العباس بن سريج.

والوجه الثاني: وهو الأصح وبه قال أبو علي بن أبي هريرة أنه لا يكون مضموناً لأننا لم نعلم له حياة متيقنة حتى يضمن بالتلف ويستقر عليه حكم الملك، والفرق بين الغصب والجناية أن في الجناية مباشرة تعلق الحكم بها وليس في الغصب مباشرة يتعلق الحكم بها، ألا ترى لو غصب حراً فمات لم يضمن ولو جنى عليه ضمن، ويكون تأويل قول الشافعي رضي الله عنه وقيمة من كان منهم ميتاً إذا علم موته بعد حياته فأما المهر فلا تخلو الأمة من أن تكون مطاوعة أو مستكرهة فإن كانت مستكرهة وجب المهر عليه وسقط الحد عنها وإن كانت مطاوعة حد وفي وجوب المهر عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن المهر عليه واجب لأنه حق لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها كما لو بذلت قطع يدها لم يسقط عن القاطع ديتها.

والوجه الثاني: وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه وقول جمهور أصحابه أنه لا مهر لها عليه لأنها بالمطاوعة تكون بغي وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ وخالف قطع اليدين منها لأن القطع نقص دخل على بدنها وقيمتها وليس الوطء نقص في بدنها ولا قيمتها، ثم إن كانت بكراً فعليه أرش بكارتها بالافتضاض لأنه استهلاك جزء منها وهكذا يلزمه غرم ما نقص من قيمتها بالولادة فإن تطاول زمان غصبها حتى يكون لمثله أجرة فعليه أجرة مثلها لأن منافع المغصوبة مضمونة فإن ماتت في يده ضمن جميع قيمتها أكثر ما كانت قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف وسقط عنه أرش البكارة ونقص الولادة لأنهما قد دخلا في ضمان

أكثر القيم ولا يسقط عنه ضمان المهر والأجرة لأنها بدل عن منفعة لا تتعلق بالقيمة ولو سلمها الغاصب إلى ربها حاملاً فماتت بعد التسليم نظر فإن كان موتها بغير الولادة فلا ضمان على الغاصب لأنه قد برىء من ضمانها بالتسليم وإن ماتت من ولادتها ففي ضمان قيمتها على الغاصب قولان مبنيان على اختلاف قوليه في الزاني بالحرة إذا ماتت في ولادتها من زنا فهل يضمن ديتها:

أحدهما: يكون ضامناً لقيمتها ودية الحرة لموتها بسبب منه هو متعديه.

والقول الثاني: لا ضمان عليه من قيمة ولا دية لأن السبب قد انقطع حكمه بنفيه عنه فاقتضى أن ينقطع حكمه من تعلق الضمان به فأما إن مات ولدها بعد التسليم دونها لم يضمنه قولاً واحداً لأن وطأه إياها لا يكون سبباً لموت من تلده منه ولكن لو نقصت قيمتها بولادته كان في ضمانه لنقصه قولان كالموت فهذا ما يتعلق بوطئه من الأحكام عند عدم الشبهة وهي تسعة الحد، ونفي النسب، ورق الأولاد، وضمانهم بالتلف، والمهر مع الإكراه وأرش البكارة، وأجرة المثل، ونقص الولادة، وضمان قيمتها بالموت قبل التسليم وبعده.

فصل: فأما إن كانت له شبهة فالشبهة قد تكون من وجوه ثلاثة:

أحدها: الجهل بتحريم المغصوبة لحدوث إسلامه أو مقامه في بادية نائية عن الأمصار.

والثاني: الجهل بعينها وظنه أنها أمة يملكها. والثالث: ما يختص بمالكها من أن تكون أمة لولده أو صداقاً لزوجته ترى أنها لا تملك قبل الدخول إلا نصفها فإذا وطأ مع أحد هذه الشبه الثلاث سقط الحد عنه لقوله ﷺ: ادرأوا الحدود بالشبهات وولدها لاحق لأن سقوط الحد بالشبهة جعلها فراشاً والنبي ﷺ يقول الولد للفراش ويكونوا أحراراً لأنهم ولدوا في شبهة ملك وعليه قيمتهم يوم سقطوا لأنه لولا شبهته لرقوا فصار بالشبهة مستهلك لرقهم فضمن قيمتهم يوم الوضع والولادة.

وقال أبو حنيفة: عليه قيمتهم يوم الترافع إلى القاضي وهذا خطأ لأنه لم يجر عليهم رق بعد الرجوع بل علقت بهم أحراراً ولكن لتعذر قيمته عند العلوق اعتبرناها بعد الولادة والوضع فأما من وضعته ميتاً فلا قيمة على الواطىء فيه بخلاف المولود ميتاً من زنا في أحد الوجهين والفرق بينهما أنه مع الشبهة حر لا يضمن باليد حتى يعلم سبب ضمانه بغير اليد وهو في الزنا مملوك يضمن باليد فلو ضرب أجنبي بطنها فألقت جنيناً ميتاً كان مضموناً على الضارب بغرة عبد لأنه جنين حر والغرة للواطىء لأنه أب وعلى الواطىء للسيد عشر قيمة الأم المستحق في جنين مملوك فإن كانت الغرة مثل عشر قيمة الأم أخذها السيد إلا أن يفتديها الواطىء بعشر

القيمة وإن كانت الغرة أكبر من عشر القيمة أخذ الواطىء الزيادة على العشر أرشاً بـالأبوة وإن كانت أقل غرم تكملة عشر القيمـة فأمـا المهر والأجـرة وأرش البكارة ونقص الـولادة فعلى ما مضى مـع عدم الشبهـة لأن المهر معتبـر بشبهـة المـوطـوءة دون الـواطىء، والأجـرة والنقص مضمونان باليد فلم تؤثر فيها الشبهة.

وقال أبو حنيفة: نقص الولادة غير مضمون عليـه لدخـوله فيمـا ضمن من قيمة الـولد. وهذا خطأ لأن قيمة الولد معتبرة بنفسه فامتنع أن يدخـل فيه نقص الأم، وإنمـا يدخـل النقص في قيمتها لو ضمنت بالتلف وهكذا لو ماتت بعد تسليمها بالوضـع والولادة ضمن قيمتهـا قولاً واحداً بخلاف موتها بالولادة من وطء غير الشبهة في أحد القولين.

والفرق بينهما أن ولد الشبهة لاحق به فكان سبب تلفهـا غير منقـطع عن الغاصب حتى يحدث به التلف فضمنه وهو مع عدم الشبهة غير لاحق به فانقطع النسب عنه قبـل التلف فلم يضمنه فهذا حكم وطء الغاصب في الحالتين.

فصل: فأما المشتري فشراؤه باطل وإن أجازه المالك لفساد العقد فلم يصح بإجارة من بعد فإذا وطئها فحكم وطئها فيما يتعلق به كالحكم في وطء الغاصب فإن لم تكن له شبهة فهو كالغاصب إذا وطأ بغير شبهة في وجوب الحد واسترقاق الولد وضمان المهر مع الإكراه وأرش البكارة ونقص الولادة وأجرة المدة وقيمتها وقيمة أولاده بالموت على ما مضى سواء ثم السيـد مخير في الرجوع بذلك كله على الغاصب أو المشتري، لأن كل واحد منهما ضامناً باليد فـإن رجـع بذلـك على المشتري لم يـرجع المشتـري بشيء منه على الغـاصب لأن ارتفـاع شبهـة المشتري تكون مع علمه بالغصب وهو مع علمه بالغصب غاصب فلزمه ضمان ذلك. فلذلك لم يرجع بغرمه على الغاصب ولكن يرجع عليه بالثمن الذي أخذه وإن رجع السيد بذلك على الغاصب بذلك كله على المشتري إلا أن تكون الجارية قد نقصت قيمتها في يد الغاصب قبل قبض المشتري فيختص بغرمه ولا يرجع به على المشتري لأن المشتري يضمن قيمتها أكثر ما كـانت قيمة من وقت القبض إلى وقت التلف ولا يضمن مـا نقص منها قبـل قبضـه ولا يجـوز للسيد أن يرجع عليه به، ثم على الغاصب إذا رجع على المشتري بما غرمه أن يزيـد عليه مـا قبض من الثمن فإن كان جنسين تقابضا وأيهما بدأ بمطالبة صاحبه فذاك له وإن كان من جنس واحد تقابضاه فإن كان فضل تراجعا.

فصل: وإن كان للمشتري شبهة وهي الشبه الثلاث في الغاصب مع شبهة رابعة يختص بهـا دون الغاصب وهي جهله بـأن الأمة غصب ثم حكمـه فيما يجب بـوطئه في حـال الشبهة كـالغاصب إذا وطىء بشبهـة على ما ذكـرنا من الأحكـام المقررة إلا أن الغـاصب في ضمـان

قيمتها يلتزم أكثر مما كانت قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف فأما المشتري ففيه وجهان بناء على كيفية ضمان المقبوض ببيع فاسد:

أحدهما: يضمن قيمتها وقت القبض فعلى هذا إن كان قد حدث بها نقص قبل قبضها أو حدث بها زيادة بعد قبضه اختص الغاصب بتحملها.

والوجه الثاني: أن يضمن قيمتها أكثر ما كانت من وقت قبضه إلى حين التلف ولا يضمن النقص الحادث قبل قبضه ويضمن الزيادة الحادثة بعد قبضه فيكون في الوجهين معاً غير ضامن للنقص الحادث قبل قبضه وإنما الوجهان في الزيادة الحادثة بعد قبضه فيكون في أحد الوجهين غير ضامن وقد رواه الربيع في الأم.

وفي الوجه الثاني يضمنها وقد أشار إليه المزني في جامعه الكبير، ويكون ما لا يضمنه المشتري من فضل القيمة مرجوعاً به على الغاصب وحده وما سوى ذلك فهو من ضمان المشتري فإن رجع به على المشتري نظر فإن كان المشتري عالماً بالغصب فلا رجوع له بشيء منه على الغاصب وإنما يرجع عليه بما أخذه من الثمن وإن كان المشتري غير عالم بالغصب انقسم ما غرمه ثلاثة أقسام: قسم لا يرجع به، وقسم يرجع به، وقسم مختلف في الرجوع به. فأما القسم الذي لا يرجع به فهو ما كان مضموناً عليه بالعقد وذلك ثلاثة أشياء: أرش البكارة ونقص الولادة وقيمتها إن ماتت لا يرجع بشيء من ذلك على الغاصب لأنه دخل بعقد البيع على التزام تحملها. فأما القسم الذي يرجع به فهو ما كان غير مضمون عليه بالعقد ولم يكن في مقابلة عوض وذلك قيمة الأولاد فيرجع بها على الغاصب لأنه دخل بعقد البيع على أن لا يضمنهم وليس له عوض في مقابلتهم.

فأما القسم المختلف فيه فهو ما كان غير مضمون عليه بالعقد لكنه في مقابلة عوض وذلك شيئان المهر والأجرة؛ لأن المهر في مقابلة الاستمتاع والأجرة في مقابلة المنفعة وهما مما تصح المعاوضة عليها ففي رجوعه بها على الغاصب قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم يرجع بها على الغاصب لأنه عاد له.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد لا يرجع بهما عليه لعلتين:

إحداهما: أنه غرم استحق بفعله، **والثانية**: أن الغاصب متسبب والمشتري مباشر والضمان متعلق بالمباشرة دون السبب والله أعلم.

فصل: ولو كان السيد قد رجع بذلك على الغاصب دون المشتري، نظر فإن كان المشتري عالماً بالغصب يرجع بجميعه على المشتري؛ لأن المشتري لو غرمه مع علمه

بالغصب لم يرجع به على الغاصب فكما غرمه المشتري لم يرجع به على الغاصب فإذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري فعلى هذا للغاصب أن يرجع على المشتري بأرش البكارة ونقص الولادة وقيمة الجارية لأن المشتري لا يرجع بهذه الثلاثة وليس للغاصب أن يرجع بقيمة الأولاد لأن المشتري يرجع بقيمتهم. وهل للغاصب أن يرجع بالمهر والأجرة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يرجع إذا قيل إن المشتري يرجع وهو قوله في القديم.

والثاني: يرجع إذا قيل إن المشتري لا يرجع وهو قوله في الجديد.

فصل: فلو كان الغاصب قد وطأها قبل البيع ثم وطأها المشتري بعد الشراء تعلق بوطء الغاصب ما ذكرناه في انفراده بوطئها وتعلق بوطء المشتري ما ذكرناه في انفراده بوطئها وكان ما لزم الغاصب غير مضمون على المشتري لتقدمه على يديه ويرجع به السيد على الغاصب وحده، وكان ما لزم المشتري مضمون على الغاصب لأنه حادث بعد يده والسيد مخير في الرجوع به على أيهما شاء ثم التراجع بينهما على ما ذكرنا.

فصل: فأما كونها أم ولد للواطىء من الغاصب أو المشتري فإن كان مع عدم الشبهة لم تصر أم ولد في الحال ولا إن ملكها في ثاني الحال لأن الولد لم يلحق به فلم يجز أن تصير أم ولد به وإن كان مع الشبهة ولحق به الولد لم تصر أم ولد قبل أن يملكها.

وقال المزني تصير أم ولد للمشتري دون الغاصب لشبهته وعدم علمه وتقوم عليه ولا ترتجع منه للحوق ولدها به في شبه ملك فصار كأحد الشريكين في إحبال الأمة المشتركة يوجب تقويم حصة الشريك عليه. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن ولدها قد يلحق بالغاصب مع الشبهة كما يلحق بالمشتري مع الشبهة ثم لم يوجب ذلك تقويمها على الغاصب فكذلك لا يوجب تقويمها على المشتري.

والثاني: أن من لم ينفذ عتقه قولاً مع جواز أمره لم ينفذ فعلاً وقد ثبت أن المشتري لو أعتقها لم ينفذ عتقه فكذلك إذا أحبلها لم تصر أم ولده فلهذين ما قلنا إنها على ملك السيد المغصوب منه ولا تقوم على من حبلت منه فإن ملكها المحبل لها فهل تصير له أم ولد بما تقدم من إحبالها على قولين لأنه إحبال في شبهة ملك. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ كَانَ ثَوْباً فَأَبْلاَهُ الْمُشْتَرِي أَخَذَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي وَمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ صَحِيحاً يَوْمَ غَصَبَهُ وَبَيْنَ قِيمَتِهِ وَقَدْ أَبْلاَهُ وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ بِالثَّمَنِ الَّذِي دُفِعَ وَلَسْتُ أَنْظُرُ فِي الْقِيمَةِ إِلَى تَغَيُّرِ الأَسْوَاقِ وَإِنَّمَا أَنْظُرُ إِلَى تَغَيُّرِ الأَبْدَانِ».

قال الماوردي: وهذه المسألة أيضاً تشتمل على فصلين:

أحدهما: في إبلاء الغاصب له.

والثاني: في إبلاء المشتري فبدأ بالغاصب فلا يخلو حاله في الثوب الذي غصبه من أربعة أقسام:

أحدها: أن لا يبلى في يده ولا تمضي عليه مدة يكون لها أجرة فهذا يرد الثوب ولا شيء عليه سواه.

والقسم الثاني: أن يكون قد بلي ولم تمض عليه مدة يكون لها أجرة فهذا يرده ويرد معه أرش البلى لا غير.

والقسم الثالث: أن لا يبلى ولكن قد مضت عليه مدة يكون لها أجرة فهذا يرده ويرد معه أجرة مثله لا غير.

والقسم الرابع: أن يبلى وتمضي عليه مدة يكون لها أجرة فهل يجمع عليه بين الأرش والأجرة أو لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجمع بينهما ويجبان عليه لاختلاف موجبهما لأن الأرش يجب باستهلاك الأجزاء والأجرة تجب باستهلاك المنفعة.

والوجه الثاني: أنهما يجتمعان عليه ويجب عليه أكثر الأمرين من الأرش والأجرة لأن استهلاك الأجزاء في مقابلة الأجرة. ألا ترى أن المستأجر لا يضمن أرش البلى لأنه في مقابلة ما قد ضمنه من الأجرة ولكن لو كان المغصوب عبداً فمضت عليه في يد الغاصب مدة هزل فيها بدنه وذهب فيها سمنه لزمته الأجرة مع أرش الهزال وجهاً واحداً والفرق بينهما وبين الثوب أن استعمال الثوب موجب لبلاه وليس استخدام العبد موجباً لهزاله والله أعلم.

فأما المشتري فيلزمه ما يلزم الغاصب من الأرش والأجرة على ما وصفنا من الأقسام الأربعة لكن عليه الأجرة وأرش البلى من وقت قبضه لا من وقت الغصب. وقول الشافعي رضي الله عنه ها هنا أخذه من المشتري وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وما بين قيمته وقد أبلي فليس بمحمول على ظاهره، وفيه لأصحابنا ثلاثة تأويلات:

أحدها: وهو تأويل أبي علي بن أبي هريرة أنه محمول على أن قيمته يوم الغصب والبيع سواء.

والثاني: أنه محمول على أنه اشتراه يوم الغصب.

والثالث: هو تأويل أبي حامد الاسفراييني أن معنى قوله من يوم الغصب أي من يوم صار المشتري في حكم الغاصب؛ فإذا تقرر هذا فما لزم الغاصب لا يضمنه المشتري وما لزم

المشتري يضمنه الغاصب وللمالك الخيار والرجوع به على أيهما شاء فإن رجع به على المشتري لم يرجع المشتري بأرش البلى. وهل يرجع بالأجرة أم لا؟ على قولين وإن رجع به على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بأرش البلى وهل يرجع بالأجرة أم لا؟ على قولين.

فصل: ولو أن غاصب الثوب أجره من رجل فأبلاه ضمن المستأجر لربه أرش بلاه وأجرة مثله،وكان مخيراً بين الرجوع بهما عليه أو على الغاصب فإن رجع بهما عليه كان له أن يرجع على الغاصب بأرش البلى لأن المستأجر لا يضمنه ولا يرجع بالأجرة لأن المستأجر ضامن لها ولكن يرجع عليه بما دفعه إليه من الثمن ولو رجع المالك على الغاصب لم يرجع الغاصب بأرش البلى ورجع بأجرة المثل بعد رد الثمن.

فصل: ولو أن غاصب الثوب أعاره فرجع المالك على المستعير بالأجرة وأرش البلى ففي رجوع المستعير بهما على الغاصب قولان: ولو كان المالك قد رجع بهما على الغاصب كان في رجوع الغاصب بهما على المستعير قولان.

فصل: ولو أن غاصب الثوب أودعه فرجع المالك على المودع بأرش البلى والأجرة رجع المودع بهما على الغاصب لأنه نائب عنه وليس للغاصب لو غرمها أن يرجع بها على المودع.

فصل: ولو أن غاصب الثوب أودعه عند مالكه فتلف وهو لا يعلم به ففي سقوط الضمان عنه وجهان من اختلاف قوليه فيمن غصب طعاماً ووهبه لمالكه فأتلفه وهو لا يعلم به، ولو أن مالك الثوب أودعه عند غاصبه أو أجره فتلف فإن كان فعل ذلك بعد قبضه سقط عنه الضمان وإن كان قبل قبضه ففي سقوط الضمان وجهان ذكرناهما في الرهن والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «ولست أنظر في القيمة إلى تغير الأسواق وإنما أنظر إلى تغير الأبدان وهذا كما قال نقص المغصوب مع بقاء عينه نوعان نقص بدن ونقص ثمن. فأما نقص البدن فضربان: ضرب نقص عن حال الغصب كالغصب سميناً فيهزل أو صحيحاً فيمرض فهو مضمون على الغاصب باتفاق وضرب نقص عن زيادة حادثة بعد الغصب كالمغصوب هزيلاً فيسمن ثم يهزل أو مريضاً فيصح ثم يمرض فهو مضمون الزيادة بالنقص وقال أبو حنيفة لا يضمن وقد تقدم الكلام معه.

فصل: فأما نقص الثمن فكان المغصوب يساوي ألفاً لزيادة السوق فيرده وهو يساوي مائة لنقص السوق فهذا النقص غير مضمون على الغاصب وقال أبو ثور هو مضمون عليه استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه نقص يضمنه الغاصب مع تلف العين فوجب أن يضمنه مع بقائها قياساً على نقص البدن.

والثاني: أنه عدوان يضمن به نقص البدن فوجب أن يضمن به نقص الثمن قياساً على تلف العين.

ودليلنا أنه مغصوب لمن ينقص في بدنه فوجب أن يبرأ الغاصب برد عينه قياساً على ما لم ينقص من ثمنه ولأن رد المغصوب بعينه أخص ببراءة الذمة في رد مثله ثم ثبت أنه لو غصب ذا مثل فاستهلك ثم رد مثله وأرخص ثمناً لنقص سوقه لم يلزمه رد مثله أن يضمن نقص ثمنه فأولى إذا رده بعينه أن لا يضمن نقص ثمنه فأما جمعه بين نقص السوق مع بقاء العين وبين نقصها مع تلف العين فالفرق بينهما أن نقص السوق مع بقاء العين غير مستهلك ولا فائت لجواز عوده فلم يضمنه وهو مع تلف العين مستهلك فائت فضمنه فأما جمعه بين نقص السوق والبدن فالفرق بينهما من وجهين ذكرناهما مع أبي حنيفة:

أحدهما: ثبوت يده على زيادة البدن فضمنها بالنقص وارتفاع يده عن زيادة السوق فلم يضمنها بالنقص.

والثاني: أن نقص البدن عيب يمنع المشتري من الرد.

فصل: فإذا ثبت هذا فنقص البدن مضمون مع بقاء العين وتلفها ونقص الثمن غير مضمون مع بقاء العين وهو مضمون مع تلفها فعلى هذا لو غصب ثوباً يساوي عشرة دراهم فبلي حتى نقص عشر ثمنه ثم زاد الثوب لزيادة السوق حتى صار يساوي مائة فعليه عشر العشرة التي هي الثمن الأول وذلك درهم واحد لأن العشر في الثوب مستهلك قبل حدوث الزيادة وهو لو استهلك جميع الثوب حتى كان يساوي عشرة ثم صار مثله يساوي مائة لم يلزمه إلا عشرة فكذلك إذا استهلك عشر الثوب لم يلزمه إلا عشر العين، ولو غصبه وهو يساوي مائة ثم نقص ثمنه بنقص السوق حتى صار يساوي عشرة ثم بلي بعد نقص ثمنه بلا نقصه عشر الثمن ضمن عشر المائة وهو الثمن الأول وذلك عشرة دراهم لأن الغاصب يضمن بالتلف أكثر ما كان ثمناً ولو أتلف الثوب لزمته المائة فكذلك إذا أتلف عشره لزمه عشر المائة والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ الْمَغْصُوبُ دَابَّةً فَشَغَلَهَا الْغَاصِبُ أَوْ

لَمْ يَشْغَلْهَا أَوْ دَاراً فَسَكَنَهَا أَوْ أَكْرَاهَا أَوْ لَمْ يَسْكُنْهَا وَلَمْ يَكْرِهَا فَعَلَيْهِ كِرَاءُ مِثْلِ كِرَاءِ ذَلِكَ مِنْ حِينِ أَخَذَهُ حَتَّى يَرُدَّهُ وَلَيْسَ الْغَلَّةُ بِالضَّمَانِ إِلَّا لِلْمَالِكِ الَّذِي قَضَى لَهُ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَدْخَلَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَنْ قَالَ إِنَّ الْغَاصِبَ إِذَا ضَمِنَ سَقَطَ عَنْهُ الْكِرَاءُ قَوْلَهُ إِذَا اكْتَرَى قَمِيصاً فَاتَّزَرَ بِهِ أَوْ بَيْتاً فَنَصَبَ فِيهِ رَحًى أَنَّهُ ضَامِنٌ وَعَلَيْهِ الْكِرَاءُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال منافع المغصوب مضمونة على الغاصب بالأجرة. سواء انتفع أو لم ينتفع وقال أبو حنيفة لا يضمنها ولا أجرة عليه فيها سواء انتفع أو لم ينتفع. وقال مالك يضمنها بالأجرة إن انتفع بها ولا يضمنها إن لم ينتفع بها واستدلوا على سقوط الأجرة برواية أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ فجعل الخراج والغلة لمن عليه ضمان الرقبة فلما ضمن الغاصب الرقبة سقط عنه ضمان الغلة. قالوا ولأن منافع الأعيان تبع لها فإذا ضمنت الرقبة دخل فيها ضمان المنفعة كالمشتري لما ضمن الرقبة بالثمن دخل فيه ضمان المنفعة. وتحريره قال إن ما أوجب ضمان الرقبة سقط معه ضمان المنفعة كالبيع. قالوا ولأن منفعة الحر قد يصح المعاوضة عليها بالبدل ولا تضمن بالغصب فكذلك منافع المملوك وإن صحت المعاوضة عليها بالبدل لم يضمنها بالغصب ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنها منافع أعيان فلم تضمن بالغصب قياساً على منافع الحر.

والثاني: أن ما لا يضمن به منافع الحر لم يضمن به منافع العبد كالعارية طرداً والإجارة عكساً. قالوا ولأن المنفعة منفعتان منفعة استمتاع توجب المهر ومنفعة استخدام توجب الأجرة فلما لم يضمن الغاصب منفعة الاستمتاع بالمهر لم يضمن منفعة الاستخدام بالأجرة يتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه نوع انتفاع فوجب ألا يضمن بالغصب كالاستمتاع.

والثاني: أن ما لم يضمن به المهور لم يضمن به الأجور كالجناية. قالوا ولأن أصول الشرع مقررة على أن ما أوجب ضمان العين أسقط ضمان المنفعة كالبيع وما أوجب ضمان المنفعة أسقط ضمان العين كالإجارة وكانت الأصول مانعة من الجمع بين الأمرين فلما أوجب الغصب ضمان العين وجب أن يسقط ضمان المنفعة وتحريره قياساً أن ما أوجب أحد الضمانين منع من اجتماع الضمانين كالبيع والإجارة.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ فلما لم يجز أن يعتدي على مالكه باستهلاك منافعه أوجب العموم مثلا مشروعاً وهو الأجرة لأن القيمة أحد المثلين ولأن ما ضمن بالعقود ضمن بالغصوب كالأعيان ولأن ما ضمن به الأعيان ضمن

به المنافع كالعقود ولأن المنافع مال بدليل أن ما جازت به الوصية تمليكاً كان في نفسه مالاً كالأعيان ولا يدخل عليه الكلب لأن الوصية به بدل تمليك لا تمليك ولأن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث فكانت مالاً كالرقاب ولأن ضمان الغصب أعم من ضمان العقد وضمان المنافع أعم من ضمان الأعيان لأن الوقف مضمون بالغصب دون العقد ويصح العقد منه على المنفعة دون الرقبة فلما ضمنت المنافع بالعقود فأولى أن تضمن بالغصوب ولو ضمن بالغصب الأعيان فأولى به المنافع فيكون هذا ترجيحاً في الأصلين من طريق الأولى ويتحرر منه القياسان المتقدمان ولأن منافع الأعيان قد تتنوع نوعين نوع يكون نفعه باستهلاكه كالمأكول ونوع يكون نفعه باستبداله واستخدامه كالثياب والعبيد فلما ضمن الغصب نفع الاستهلاك وجب أن يضمن به نفع الاستخدام ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أنه نوع نفع فوجب أن يضمن بالغصب كالأكل.

والثاني: أن ما ضمن نفعه استبذالاً كالمبذول عوضاً ولأنه لما ضمن بالغصب ما لم ينتفع به من الأعيان التالفة في يده فأولى أن يضمن ما قد استهلكه من المنافع بيده لما ضمن المنافع بالمراضاة والاختيار فأولى أن يضمنها مع الإكراه والإجبار فأما الجواب عن قوله ﷺ: الْخَرَاجُ بِالضَّمَان فهو أن الغاصب غير مراد به لأنه جعل خراج الغلة لمن عليه ضمان الرقبة والغاصب لا يملك الغلة مع ضمان الرقبة فجاز أن يضمنها مع ضمان الرقبة؛ ويكون الحديث محمولاً على مالك الغلة الذي يملك بضمانه الرقبة وهو المشتري وقد روي ذلك في الحديث نقلاً، فأما قياسهم على المشتري فالمعنى فيه حدوث المنافع مع ملكه فلذلك لم يضمنها والمنافع في الغصب حادثة على ملك المغصوب فلذلك كان الغاصب ضامناً لها، وأما قياسهم على منافع الحر فقال الشافعي رضي الله عنه في كتاب السير إن الإمام إذا أكره مشركاً أو الذمي حملاً على كلام الشافعي في عبارته في الأم على الجهاد معه فعليه أجرة مثله يوم إكراهه على الخروج معه. واختلف أصحابنا في منافع الحر هل تضمن بالتفويت أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها مضمونة على من فوتها عليه بحبسه وتعطيله استشهاداً بذلك من قول الشافعي رضي الله عنه واستشهاداً بمنافع العبد فعلى هذا يبطل استدلالهم به.

والوجه الثاني: وهو أصح الوجهين وبه قال جمهور أصحابنا أن منافع الحر ليست مضمونة بالتفويت والحبس وإنما هي مضمونة بالاستهلاك والإجبار على العمل وحملوا كلام الشافعي على أنه أوجب له الأجرة لإكراهه على الجهاد فكذا حال الأحرار إذا أكرهوا على الأعمال استحقوا الأجرة فعلى هذا يكون الفرق بين المملوك حيث كانت منافعه مضمونة بالتفويت وبين الحر حيث لم تضمن منافعه بالتفويت من وجهين:

أحدهما: أن العبد لما كان مضموناً باليد كانت منافعه مضمونة باليد والحر لما لم يضمن باليد لم تضمن منافعه باليد.

والثاني: أن منافع الحر في يده فلذلك لم تضمن إلا بالاستهلاك وليست منافع العبد في يده بل في يدي مالكه فلذا ضمنها بالتفويت وبالاستهلاك. ألا تراه لو حبس حراً ومعه مال فتلف لم يضمنه لأنه تالف في يد مالكه ولو حبس عبداً ومعه مال فتلف ضمنه لأنه في يد غاصبه.

وأما قياسهم على يد الاستمتاع من المهر فنحن نوجبه بالغصب على المستكره وفي الجواب بهذا مقنع فأما بالمنع فلا نوجبه. والفرق بين أجرة المنافع حيث وجبت بالمنع وبين الاستمتاع حيث لم يجب بالمنع من وجهين:

أحدهما: أن سيد المغصوبة قد كان يقدر على مهرها بتزويجها ولا يقدر على أجرتها بإجارتها لأن تزويج المغصوبة يجوز وإجارتها لا تجوز.

والثاني: أن المهر لا يزيد بطول المدة ويمكن استدراكه بالعقد بعد ردها فلم يضمنه لأنه لم يفت. والأجرة تزيد بطول المدة ولا يمكن استدراك ما مضى بعد ردها فضمنه لأنه قد فات. وأما استدلاله بالمنع من الجمع بين ضمان المنفعة والعين بما ذكره من شاهدي البيع والإجارة فالجواب عنه ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من أنه غير ممتنع أن يجتمع ضمان العين والمنفعة كمن استأجر ثوباً فاتزر به أو داراً فأسكن فيها حدادين أنه يكون ضامناً للأجرة وللرقبة فإن سلموا هذا كان نقصاً وإن ارتكبوه فقد جعلوا لكل مستأجر أن يستوفي المنفعة ويسقط عن نفسه الأجرة بالتعدي فيصير مسقطاً لحق واجب بظلم وتعد والتعدي يوجب إثبات حق ولا يجوز أن يوجب إسقاط حق وفي القول بهذا من نقص الأصول ما لا يوازيه التحرز من التزام دليل ثم يقال له ليس يمتنع أن يكون الفعل الواحد موجباً لحقين من وجهين. ألا ترى أن القتل يوجب الدية والكفارة وهما حقان وقتل الصيد المملوك يوجب القيمة والجزاء، والسرقة توجب القطع والرد فكذلك الغصب يوجب الضمان للأجرة وضمان العين.

فصل: فإذا تقرر أن منافع المغصوب مضمونة فضمانها بشرطين:

أحدهما: أن تكون المنفعة مما يعاوض عليها بالإجارة وما لا تصح إجارته كالنخل والشجر والدراهم والدنانير لم يلزم في الغصب أجرة.

والثاني: أن يستديم مدة الغصب زماناً يكون لمثله أجرة فإن قصر زمانه عن أن يكون لمثله أجرة لم يلزمه بالغصب أجرة.

فصل: وإذا غصب الرجل مكاتباً فحبسه زماناً ضمن أجرة مثله لأن المكاتب عبد يضمن باليد وكذلك أم الولد فأما السيد إذا حبس مكاتبه عن نصفه حولاً ففيه قولان:

أحدهما: أنه يضمن أجرة مثله في الحول كالأجنبي.

والقول الثاني: أن عليه إنظاره بحال الكتابة حولاً مثل زمان حبسه فكأنه أخر زمان كتابته والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اسْتَكْرَهَ أَمَةً أَوْ حُرَّةً فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ وَلَا مَعْنَى لِلْجِمَاعِ إلَّا فِي مَنْزِلَتَيْنِ إحْدَاهُمَا أَنْ تَكُونَ هِيَ زَانِيَةً مَحْدُودَةً فَلَا مَهْرَ لَهَا وَمَنْزِلَةٍ تَكُونُ مُصَابَةً بِنِكَاحٍ فَلَهَا مَهْرُهَا وَمَنْزِلَةٍ تَكُونُ شُبْهَةً بَيْنَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالزِّنَا الصَّرِيحِ فَلَمَّا لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهَا إذَا أُصِيبَتْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهَا وَلَهَا الْمَهْرُ عِوَضاً مِنَ الْجِمَاعِ انْبَغَى أَنْ يَحْكُمُوا لَهَا إذَا اسْتُكْرِهَتْ بِمَهْرٍ عِوَضاً مِنَ الْجِمَاعِ لِأَنَّهَا لَمْ تُبِحْ نَفْسَهَا فَإِنَّهَا أَحْسَنُ حَالاً مِنَ الْعَاصِيَةِ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ إذَا كَانَتْ عَالِمَةً».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استكره الرجل امرأة على نفسها حتى وطئها كرهاً وجب عليه الحد دونها واختلفوا في وجوب المهر لها فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى وجوب المهر عليه حرة كانت أو أمة.

وقال أبو حنيفة لا مهر عليه حرة كانت أو أمة.

وقال مالك: إن كانت حرة فعليه المهر وإن كانت أمة فلا مهر عليه واستدل من أسقط عنه المهر بما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ بالتخفيف يعني الزنا وهذا زناً فوجب أن يسقط فيه المهر وروى ابن سيرين عن أبي هريرة أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ كَسْبِ الزمَّارَةِ قال أبو عبيد يعني الزانية كنهيه عن مهر البغي قالوا ولأنه وطء أوجب حداً فلم يوجب مهراً كالمطاوعة قالوا ولأن الحد والمهر متنافيان فلما وجب الحد إجماعاً سقط المهر حجاجاً قالوا ولأن حكم الفعل معتبر بأحوال الفاعل والزنا فعل الواطىء فوجب أن يكون المهر معتبراً بحاله. ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ مَسَّها فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا[1] والمستكره مستحل لفرجها فاقتضى أن يلزمه

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ٢/١١ كتاب النكاح (١٩) وأحمد في المسند ٦/٦٦ والدارمي في السنن ٢/١٣٧ وأبو داود ٢/٥٦٦ ـ ٥٦٨ كتاب النكاح (٢٠٨٣) والترمذي ٣/٤٠٧ ـ ٤٠٨ كتاب النكاح (١١٠٢) وابن ماجة ١/٦٠٥ كتاب النكاح (١٨٧٩) وابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمآن ص ٣٠٥ كتاب النكاح(١٢٤٨) والحاكم في المستدرك ٢/١٦٨ كتاب النكاح.

مهرها فإن قيل فقد خص النكاح بذلك ذكراً فاختص به حكماً قيل الاستدلال من الخبر بتعليله وهو قوله بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا والتعليل عام ولأنه وطء في غير ملك سقط الحد فيه عن الموطوءة فاقتضى أن يجب المهر فيه على الواطىء قياساً على النكاح الفاسد وما ذكره الشافعي رضي الله عنه وهو أن المغتصبة أحسن حالاً من المنكوحة نكاحاً فاسداً من وجهين:

أحدهما: أن المنكوحة مع علمها عاصية والمغتصبة غير عاصية.

والثاني: أن المنكوحة ممكنة، والمغتصبة مستكرهة فلما وجب المهر للمنكوحة نكاحاً فاسداً فأولى أن يجب للمستكرهة؛ ولأن منافع البضع تجري مجرى الأموال لأنها تملك بعوض في النكاح ويملك بها عوض في الخلع ثم ثبت أن الأموال تضمن بالغصب فكذلك منافع البضع، ثم لك أن تستدل بما ذكرنا من ضمان الأجرة لأن أصلهما واحد والخلاف فيهما على سواء فأما الجواب عن نهيه عن مهر البغي فروي بالتشديد يعني مهر الزانية، والمستكرهة غير زانية، ألا ترى أن الحد ساقط عنها ولو كانت بغياً لوجب الحد عليها. وأما الجواب عن نهيه عن كسب الزمارة ففيه تأويلان:

أحدهما: أنه نهى عن كسب الزمارة من الزمر والسعاية فعلى هذا لا تعلق له بمسألتنا.

والرواية الثانية: أنه نهى عن كسب الزمّارة بالتشديد وتقديم الزاي المعجمة فيكون كنهي البغي وليست هذه بغياً ولا زانية.

وأما قياسهم على المطاوعة فالمعنى فيه وجوب الحد عليها.

وأما استدلالهم بتنافي المهر والحد فصحيح لكن يتنافى اجتماعهما في الموطوءة دون الواطىء.

والدليل على أن المهر يعتبر به شبهة الموطوءة أن رجلاً لو تزوج امرأة فزفت إليه غيرها فوطئها وهو لا يعلم بها فلا حد عليه ثم ينظر في المرأة فإن علمت فعليها الحد ولا مهر لها وإن لم تعلم فلا حد عليها ولها المهر فدل على أن المعتبر به شبهة الموطوءة دون الواطىء لأن المهر يجب إن لم تعلم ويسقط إن علمت. وأما استدلالهم بأن الوطء فعل الواطىء فكان حكمه معتبراً به.

فالجواب عنه أنه وإن كان فعلاً منه فحكمه معتبر بحال من أتلف عليه ألا ترى أن رجلاً لو قتل عبداً بإذن سيده سقطت القيمة عنه، ولو كان بغير إذنه وجبت القيمة عليه وهو في الحالتين قاتل عاص لكن سقط عنه في الحال الأول لرضا المتلف عبد وإذنه ووجب عليه في الحال الثاني لعدم رضاه وإذنه كذلك الموطوءة إن طاوعت فهي راضية بإتلاف بضعها بغير بدل وإن استكرهت فهي غير راضية بإتلافه على غير بدل.

فصل: فإذا ثبت وجوب المهر على المستكره واختلفا، فادعت الموطوءة الاستكراه وادعا الواطىء المطاوعة ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول الواطىء مع يمينه ولا مهر عليه اعتباراً ببراءة ذمته.

والقول الثاني: أن القول قول الموطوءة مع يمينها ولها المهر لأنه متلف ويشبه أن يكونا مبنيين على اختلاف قوليه إذا اختلف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «فِي السَّرِقَةِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَالآخَرُ لِلآدَمِيِّين فَإِذَا قُطِعَ لِلَّهِ تَعَالَى أُخِذَ مِنْهُ مَا سَرَقَ لِلآدَمِيِّينَ فَإِنْ لَمْ يُؤْخَذْ فَقِيمَتُهُ لأَنِّي لَمْ أَجِدْ أَحَداً ضَمِنَ مَالاً بِعَيْنِهِ بِغَصْبٍ أَوْ عُدْوَانٍ فَيَفُوتَ إِلَّا ضَمِنَ قِيمَتَهُ وَلَا أَجِدُ فِي ذَلِكَ مُوسِراً مُخَالِفاً لِمُعْسِرٍ وَفِي الْمُغْتَصَبَةِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا لِلَّهِ وَالآخَرُ لِلْمُغْتَصَبَةِ بِالْمَسِيسِ الَّذِي الْعِوَضُ مِنْهُ الْمَهْرُ فَأُثْبِتُ ذَلِكَ وَالْحَدُّ عَلَى الْمُغْتَصِبِ كَمَا أُثْبِتُ الْحَدَّ وَالْغُرْمَ عَلَى السَّارِقِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا سرق سارق نصاباً محرزاً فإن كان المسروق باقياً استرد وقطع إجماعاً، وإن كان تالفاً فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه. أن يغرم ويقطع موسراً كان أو معسراً.

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة أنه يقطع ولا يغرم موسراً كان أو معسراً، إلا أن يعفو المسروق منه عن القطع فيغرم ولا يجمع بين القطع والغرم.

والثالث: وهو مذهب مالك، أنه إن كان موسراً قطع وأغرم وإن كان معسراً قطع ولم يغرم واستدلوا على سقوط الغرم بقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً﴾ [المائدة: ٣١]. فجعل جزاء كسبهما القطع دون الغرم. وبرواية المفضل بن فضالة عن يونس بن زيد وبرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال إِذَا قُطِعَتْ يَدُ السَّارِقِ فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ[1] ولأن أخذ القيمة من السارق يجعلها ملكاً له والإنسان لا يقطع في ملكه. ولأن القطع والغرم عقوبتان ولا تجتمع عقوبتان حداً في ذنب واحد ودليلنا قوله ﷺ عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ، فجعل الأداء غاية الحكم ولأنه متعد بالمنع إلى وقت التلف مع اعتقاد وجوب الرد فوجب أن يلزمه الغرم كالغاصب وقولنا مع اعتقاد وجوب الرد احترازاً من الحربي ولا يدخل عليه العبد إذا سرق من سيده لأن الغرم وجب بالتلف ثم

---

(١) أخرجه البيهقي ٢٧٧/٨ والدارقطني ١٨٢/٣ - ١٨٣ وأبو نعيم في حلية الأولياء ٣٢٢/٨ وانظر نصب الراية ٣٧٥/٣ - ٣٧٦ كنز العمال (١٣٣٥٠) العلل للرازي (١٣٥٧).

سقط بالملك ولأنه مال وجب رد عينه بحكم السرقة فوجب أن يلزم رد بدله عند التلف قياساً على ما لم يجب فيه القطع؛ ولأنه مال مأخوذ على وجه العدوان فوجب أن يستوي حكم قليله وكثيره في الغرم كالغصب ولأن الغرم حق للمسروق منه ثبت في قليل الملك فوجب أن يثبت في كثيره قياساً على رد العين، ولأن ما ضمن نقصانه ضمن بالتلف جميعه كالمبيع في يد البائع، ولأن المال الكثير يغلظ حكمه بإيجاب القطع فلم يجب أن يستفاد من تغليظ الحكم التخفيف بإسقاط الغرم.

فأما الجواب عن الآية، فهو أن القطع جزاء السرقة والغرم جزاء التلف. ألا تراه لو أتلف المسروق في حرزه لزمه الغرم دون القطع ولو كان باقياً بعد إخراجه من حرزه لزمه القطع ولا غرم.

وأما الجواب عن الخبر مع ضعفه ووهاء إرساله وإسناده فهو محمول على إسقاط غرم العقوبة لأن العقوبة كانت في صدر الإسلام بالغرامة. فكان يغرم السارق مثلي ما سرق ليكون أحدهما حداً والآخر غرماً فصار القطع حين ثبت مسقطا لغرم الحد.

وأما الجواب عن قولهم إنه يصير بالغرم مالكاً فهو أن ما تلف لا يصح أن يستحدث عليه ملك وإنما يلزمه الغرم استهلاكاً.

وأما الجواب عن قولهم إن القطع والغرم عقوبتان فلم يجتمعا فهو أنهما وجبا بسببين مختلفين فجاز أن يجتمعا كما يجتمع في العبد القيمة والحد، أو في القتل الكفارة والدية ولو كان لتنافي اجتماعهما أن يسقط أحدهما بالآخر لكان سقوط القطع بإيجاب الغرم أولى من سقوط الغرم بإيجاب القطع لأن القطع حق الله تعالى يسقط بالشبهة. والغرم حق الآدمي لا يسقط بالشبهة وهكذا القول في الحد والمهر والله أعلم.

فصل: فلو أحرز السارق السرقة فسرقها آخر لم يقطع الثاني وقطع الأول لأن إخراجها من حرز السارق الأول واجب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ**: «وَلَوْ غَصَبَ أَرْضاً فَغَرَسَهَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» فَعَلَيْهِ أَنْ يَقْلَعَ غَرْسَهُ وَيَرُدَّ مَا نَقَصَتِ الأَرْضُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقد ذكرنا أن الأرض والعقار يجري عليها حكم الغصب إبراءاً أو ضماناً وبه قال فقهاء الحرمين والبصرة، وخالف أهل الكوفة. فقال أبو حنيفة: لا يجري على الأرض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد، وهو قول أبي يوسف الأول.

وقال محمد بن الحسن يجري عليهما حكم الضمان باليد ولا يجري عليهما حكم الغصب وهو قول أبي يوسف الأخير. وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة ويدخل فيه الكلام مع محمد فيقال له كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول على أن ليس لفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير، وإذا صح غصب الأرض فلا يخلو حال صاحبها من أن يكون قد شغلها بغراس أو بناء أو لم يشغلها فإن لم يكن قد شغلها بغرس أو بناء ردها وأجرة مثلها مدة غصبة؛ وإن شغلها بإحداث غرس أو بناء أخذ بقلع بنائه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها سواء أضر قلعها بالأرض أم لا.

وقال أبو حنيفة إن لم يضر القلع بالأرض إضرارا بيناً فله القلع ولا يجبر على أخذ القيمة. وإن كان في قلعه إضراراً في الأرض فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة الغرس والبناء مقلوعاً فيجبر على أخذها وبين أن يأخذه بقلع الغرس والبناء فيجبر على قلعهما استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ.

وبما روى مجاهد بن جبر أَنَّ رَجُلاً غَصَبَ قَوْمَاً أَرْضَاً بَرَاحَاً فَغَرَسَ فِيهَا نَخْلاً فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ لَهُمْ عُمَرُ إِنْ شِئْتُمْ فَادْفَعُوا إِلَيْهِ قِيمَةَ النَّخْلِ. وروى رافع أن النبي ﷺ قال: «مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِلَا إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ فِي الزَّرْعِ شَيْءٌ وَلَهُ نَفَقَتُهُ» قال ولأن من دخل تمليك على ملك استحق المالك إزالة ملك الداخل كالشفيع. ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ. وروى هشام بن عروة عن أبية أَنَّ رَجُلاً غَصَبَ أَرْضَاً مِنْ رَجُلَيْنِ مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ مِنَ الأَنْصَارِ فَغَرَسَهَا نَخْلاً عَمًّا فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ وَلَمْ يُجْعَلْ لِرَبِّ الأَرْضِ خِيَارَاً ولو استحق خياراً لأعلمه وحكم به ولأن يسير الغرس والبناء أشبه بأن يكون تبعاً للأرض من كثيره فلما لم يكن لرب الأرض أن يتملك يسيره فأولى أن لا يتملك كثيره ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن ما لم يملك بالغصب يسيره لم يملك به كثيره كالمتاع.

والثاني: أنه عدوان لا تملك بالأعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة كاليسير.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» فهو أن رفع الضرر مستحق ولكن ليس بتملك العين وإنما يكون بما سنذكره وأما قضية عمر رضي الله عنه فمرسلة لأن مجاهد لم يلق عمر ثم لا دليل فيها من وجهين:

أحدهما: أنها قضية في عين إن لم تنقل شرحاً لم تلزم حكماً.

والثاني: أن قوله إن شئتم فادفعوا قيمة النخل بعد أن طلب صاحبها ذلك وهذا عندنا

جائز. وأما قوله مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ فِي الزَّرْعِ شَيْءٌ ففي جوابان

أحدهما: أنه يستعمل على أنه زرع أرضهم ببذرهم.

والثاني: ليس له في الزرع حق الترك والاستبقاء بما بينه بقوله: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ. وقوله فَلَهُ نَفَقَتُهُ يحتمل أمرين:

أحدهما: أنه أراد زرعه فعبر عن الزرع بالنفقة.

والثاني: أنه أراد وله نفقته في أنه لا يرجع بها، وأما قياسهم على الشفعة فمنتقض بإدخال المتاع ويسير الغراس والبناء، ثم المعنى في الشفعة أن الملكين لا يتميزان ولذلك خصصنا الشفعة بالخلطة، وفي الغصب يتميز فصار كالجار الذي لا يستحق عندنا شفعة.

فإذا ثبت هذا فلا يخلو حال الغرس والبناء من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون ملكاً للغاصب.

والثاني: أن يكون مغصوباً من رب الأرض. والثالث: أن يكون مغصوباً من غيره.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون ملكاً للغاصب فلرب الأرض والغاصب أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا عل ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر فيجوز ما أقام على إنفاقهما لأن الحق فيه مختص بهما ثم ينظر فإن كان بعقد صحيح استحق المسمى فيه ولم يكن له الرجوع في مطالبة المستأجر بالقلع قبل ما يقضي المدة سواء علم قدر أجرة المثل أو لم يعلمها، وإن كان بغير عقد فله أجرة المثل ما لم يصرح بالعفو عنهما وأن يأخذه بالقطع متى شاء.

والحال الثاني: أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائماً أو مقطوعاً فيجوز ويكون ذلك بيعاً يراعى فيه شروط المبيع لأنه عن مراضاة فإن كان على الشجر ثمر ملكه الغاصب إن كان مؤبراً كالبيع ولا يلزم الغاصب أرش ما كان ينقص من الأرض لو قلع لأنه لم يقلع. فلو كان الغاصب قد باع الغرس والبناء على غير مالك الأرض فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يشتريه بشرط الترك فالبيع باطل لأن تركه غير مستحق.

والثاني: أن يشتريه بشرط القلع فالبيع جائز، فإذا قلعه المشتري فأحدث القلع نقصاً فأرشه على الغاصب دون المشتري لحدوثه عن تعدية.

والثالث: أن يشتريه مطلقاً ففي البيع وجهان:

أحدهما: باطل لأن العرف في البناء والغرس الترك وذلك غير مستحق.

والثاني: أن البيع جائز ويأخذ المشتري بالقلع وله الخيار إن شاء علم أم لم يعلم.

والحال الثالث: أن يتفقا على أخذ ثمن الأرض من الغاصب فيجوز، وتسقط المطالبة عن الغاصب إلا بثمن الأرض وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرش النقص لو قلع لأنه لم يقلع ولو كان رب الأرض قد باعها على أجنبي غير الغاصب كان للأجنبي الذي ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقلع بنائه وغرسه فإذا قلع لم يكن للأول أن يطالب الغاصب بأرش القلع لزوال ملكه قبل القلع ولا للمشتري أن يطالبه به لأنه عيب قد دخل على رضى به ويكون البيع سبباً لسقوط الأرش عن الغاصب.

والحال الرابع: أن لا يتفقا على أحد الأحوال الثلاث فيؤخذ الغاصب بالقلع لقوله ﷺ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ. فإذا قلع بريء من أجرة الأرض بعد قلعه ثم ينظر حال الأرض فإن لم تنقص بالقلع شيئاً فلا شيء على الغاصب وقد بريء من رد الأرض بعد القلع من ضمان الغصب وحكمه، وإن نقص القلع فيها فصارت حفراً تضر بها فالغاصب ضامناً لها، غير أن الشافعي رضي الله عنه قال: ها هنا يرد ما نقصت الأرض وقال في كتاب البيوع في قلع الحجارة المستودعة إن عليه تسوية الأرض ولا يتركها حفراً فاختلف أصحابنا فكان بعضهم يخرج ذلك على قولين في البيع والغصب:

أحدهما: يرجع بأرش النقص في الموضعين بأنه نقص فعل مضمون.

والقول الثاني: أن عليه تسوية الأرض في الموضعين حتى لا تكون حفراً لأن زوال التعدي بالمثل أولى من القيمة.

وقال آخرون بل الجواب على ظاهره في الموضعين فيلزمه في الغصب أرش النقص وفي البيع تسوية الأرض والفرق بينهما أن الغاصب متعد فنغلظ حكمه بالأرش والبائع غير متعد فنخفف حكمه بتسوية الأرض.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الغرس والبناء ملك لرب الأرض، فإن رضي رب الأرض أن يأخذ الأرض بغرسها وبنائها قائماً أخذه فلا شيء عليه من مؤنة البناء وليس للغاصب أن ينقض الغرس والبناء لأنه لا يستفيد بقلعها شيئاً فصار ذلك منه سفهاً وإن طالب رب الأرض الغاصب بقلع الغرس والبناء لينفصلا عن الأرض فإن كان له في ذلك غرض يصح أن يكون مقصوداً أجبر الغاصب على القلع ولزمه نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن غرس وبنى ونقص الأرض على ما وصفنا من المذهبين، وإن لم يكن في قلعه غرض يصح لقاصد فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجبر عليه لأنه عبث وسفه.

والوجه الثاني: يجبر عليه لأن المالك متحكم على الغاصب لتعديه فعلى هذا لو كانت

قيمته تنقص إن قلع عما كانت عليه قبل الغرس والبناء فطالبه بأرش النقص مع ترك الغرس والبناء قائماً، فإن قيل بالوجه الأول إنه لا يجبر على القلع لم يكن له أرش إذا لم يكن له قائماً نقص. وإن قيل بالوجه الثاني إنه يجبر على القلع استحق الأرش إن كان قائماً غير ناقص لأنه لما استحق المطالبة به مع التزام مؤنة القلع فأولى أن يستحق المطالبة به مع عفوه عن القلع.

فصل: **وأما القسم الثالث**: وهو أن يكون الغرس والبناء مغصوبين من غير مالك الأرض فلكل واحد من رب الأرض ورب الغرس أن يأخذ الغاصب بالقلع ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرش ما نقص من ملكه فيرجع رب الأرض بما نقص من أرضه ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه فلو أن رب الأرض اشترى الغرس من ربه قبل القلع صار مالكاً لهما، وله أن يأخذ الغاصب بالقلع إن كان في قلعه عرض صحيح ويأخذ منه نقص الأرض دون الشجر لأنه استحدث ملك الشجر بعد الغصب ولو أن رب الشجر اشترى الأرض من ربها قبل القلع صار مالكاً لها وكان له مطالبة الغاصب بالقلع إن كان في قلعه غرض صحح ثم يأخذ منه نقص الشجر دون الأرض لأنه استحدث ملك الأرض بعد الغصب فلو كان كل واحد منهما على ملكه وأبى الغاصب أن يلتزم لهما مؤنة القلع واختلفا في تحملها ففيمن تجب عليه وجهان:

أحدهما: أنها تجب على صاحب الأرض لأنه يريد خلاص أرضه.

والثاني: أنها تجب على صاحب الغرس لأنه يريد أخذ غرسه ثم هي لمن غرمها دين على الغاصب.

فصل: فلو أطارت الريح أو حمل السيل حنطة رجل إلى أرض آخر فنبتت فيها فقد اختلف أصحابنا في إقراره على وجهين حكاهما أبو القاسم بن كج: **أحدهما**: يقلع لأن حكم العمد والخطأ في الأموال سواء. والثاني: يقر على حاله إلى وقت حصاده لأن مالكه غير متعد به وأصح عندي من هذين الوجهين أن ينظر في الزرع بعد قلعه فإن كانت قيمته مقلوعاً كقيمة الحنطة أو أكثر أجبر على قلعه لأنه لم يدخل عليه نقص حين نبتت، وإن كانت قيمته لو قلع أقل من قيمة الحنطة ترك ولم يقلع لأنه لم يتعد فيلتزم ضرر عدوانه، وما يدخل على رب الأرض من الضرر فقد استدركه بالأجرة التي يستحقها بعد العلم والتنازع ولا أجرة لرب الأرض فيما قبل لأنه لم يكن منه فعل يتعلق به ضمان.

وقال مالك قد زال ملك الأول عما احتمله السيل من الحنطة وصار ملكاً للثاني. وهذا خطأ لأن ضياع المال لا يزيل ملك ربه عنه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ حَفَرَ فِيهَا بِئْراً فَأَرَادَ الْغَاصِبُ دَفْنَهَا فَلَهُ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَنْفَعْهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا غصب أرضاً وحفر فيها بئراً كان متعدياً بحفرها وعليه سدها وضمان ما تلف فيها ثم لا يخلو حال رب الأرض والغاصب من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على سدها ليبرأ الغاصب من ضمان ما يسقط فيها فإن لم يكن للأرض بعد سدها أرش فلا شيء عليه سوى أجرة المثل في مدة الغصب، وإن كان لها أرش كان عليه غرمه مع الأجرة. **والحال الثاني:** أن يتفقا على تركها فذاك لهما، وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها لتعديه بحفرها وليس لرب الأرض أن يطالبه بمؤنة السد وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد.

والحال الثالث: أن يدعو رب الأرض إلى سدها ويأبى الغاصب فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح لقوله ﷺ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ. قال الشافعي رضي الله عنه، والعروق أربعة عرقان ظاهران الغرس والبناء، وعرقان باطنان البئر والنهر وإن لم يكن فيه غرض صحيح فعلى وجهين كما قلنا في قلع الغرس والبناء.

والحال الرابع: أن يدعو الغاصب إلى سدها ويأبى ربها فإن لم يبرئه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه وإن أبرأه بها من الضمان ففيه وجهان:

أحدهما: أن للغاصب أن يسدها لأن الضمان قد يجب لغيره فلا يسقط بإبرائه.

والوجه الثاني: أن الغاصب يمنع من سدها لأنه بالإبراء يصير كالإذن له في الابتداء فيرتفع التعدي ولا يلزمه ضمان وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة.

فصل: وأما إذا دفن في الأرض المغصوبة ميتاً أخذ الغاصب بنبشه منها، وإن كان فيه انتهاك حرمة الميت لأن دفنه فيها عدوان يأثم به الدافن ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها إن نقصت، فلو قال مالك الأرض أنا أقر الميت مدفوناً في الأرض إن ضمن لي نقص الأرض بالدفن فيها ففي إجبار الغاصب على بذله وجهان:

أحدهما: يجبر على بذله حفظاً لحرمة الميت المتعدي هو بدفنه فيها.

والوجه الثاني: لا يلزمه ذلك لأنه مدفون بغير حق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّقَ دَاراً كَانَ لَهُ نَزْعُ التَّزْوِيقِ حَتَّى يَرُدَّ ذَلِكَ بِحَالِهِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في تأويل قوله وكذلك لو زوق داراً. فكان بعض المتقدمين منهم يرويه وكذلك لو روق بالراء غير المعجمة من الرواق ويجعل حكمه حكم البناء فيكون على ما مضى، وذهب جمهورهم إلى أن الرواية وكذلك لو زوق بالزاي معجمة

من التزاويق والزخرفة لأن الزواق من جملة البناء وقد ذكره من قبل فعلى هذا إذا زوق داراً مغصوبة فلا يخلو حال مالكها وغاصبها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على ترك التزاويق لحالها فذلك لها إلا أن يكون فيها محظور من صور ذات أرواح فلا يجوز تركها.

والحالة الثانية: أن يتفقا على قلعها وإزالتها فذلك لها سواء انتفع الغاصب بالقلع أم لا ثم إن أثر القلع في الحيطان نقصاً فعلى الغاصب غرامة أرشه.

والحال الثالث: أن يدعو الغاصب إلى قلعها ويأبى رب الدار فإن كان له مرجوع بعد القلع فللغاصب قلعها لأنه مال له وإن لم يكن له مرجوع فليس للغاصب قلعها لأنه لا يستفيد بقلعها إلا إتعاب نفسه وأعوانه وإذهاب نفقته.

والحال الرابع: أن يدعو رب الدار إلى قلعها ويأبى الغاصب فإن كان تركها موكساً للدار أجبر الغاصب على القلع وغرامة الأرش وإن كان زائداً أو لم يكن موكساً فإن تركه الغاصب مستبقياً له على ملكه أجبر عل القلع وإن تركه مزيلاً لملكه عنه فإن كانت آثاراً كالأصباغ ولم تكن أعياناً لم يجبر الغاصب على إزالتها لأنها آثار زائدة كغسل الثوب وكان العفو عنها إبراء منها وإن كانت أعياناً كالجص والرخام ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تترك كالآثار ولا يجبر الغاصب على قلعها لأنها زيادة.

والوجه الثاني: أنه يؤخذ الغاصب بقلعها لأن الأعيان لا يجبر الإنسان على تملكها وأصل هذين الوجهين من الزوج إذا أصدق زوجته ثمرة وجعلها في صفر له ثم تركه لزوجته هل تجبر الزوجة على قبوله أم لا؟ على وجهين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ نَقَلَ عَنْهَا تُرَاباً كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا نَقَلَ عَنْهَا حَتَّى يُوَفِّيَهُ إِيَّاهَا بِالْحَالِ الَّتِي أَخَذَهَا (قال المزني) غَيْرُ هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ يَقُولُ لَوْ غَصَبَ غَزْلاً فَنَسَجَهُ ثَوْباً أَوْ نُقْرَةً فَطَبَعَهَا دَنَانِيرَ أَوْ طِيناً فَضَرَبَهُ لَبِناً فَهَذَا أَثَرٌ لاَ عَيْنٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلْمَغْصُوبِ وَلاَ حَقَّ فِي ذَلِكَ لِلْغَاصِبِ فَكَذَلِكَ نَقْلُ التُّرَابِ عَنِ الأَرْضِ وَالْبِئْرِ إِذَا لَمْ تُبْنَ بِطُوبٍ أَثَرٌ لاَ عَيْنٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلْمَغْصُوبِ وَلاَ حَقَّ فِي ذَلِكَ لِلْغَاصِبِ مَعَ أَنَّ هَذَا فَسَادٌ لِنَفَقَتِهِ وَإِتْعَابُ بَدَنِهِ وَأَعْوَانِهِ بِمَا فِيهِ مَضَرَّةٌ عَلَى أَخِيهِ وَلاَ مَنْفَعَةَ لَهُ فِيهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل غصب من رجل أرضاً فنقل منها تراباً فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقياً أو مستهلكاً فإن كان قد استهلك فعليه رد مثله إن كان للتراب مثلاً فإن لم يقدر على مثله لأنه من تراب ليس في الناحية مثلها ضمن القيمة وفيها وجهان:

أحدهما: وقد نقله المزني عن الشافعي رضي الله عنه في جامعه الكبير أن تقوم الأرض وعليها التراب الذي أخذ منها ثم يقوم بعد أخذه منها ويضمن الغاصب ما بين القيمتين.

والوجه الثاني: أنه يضمن أكثر الأمرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الأرض. وإن كان التراب باقياً فللغاصب ورب الأرض أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على رده إلى الأرض فيبرأ الغاصب منه ويلزمه بعد رده غرم نقص إن كان في الأرض وأجرة مثلها في أكثر الحالين أجرة من كونها ذات تراب أو غير ذات تراب إلى أن أخذ في رد التراب فأما أجرتها في زمان رد التراب إليها فإن كان رده بعد تسليم المالك لها وتصرفه فيها فلا أجرة عليه وإن كان قبل تسليم المالك لها فعليه الأجرة.

والحالة الثانية: أن يتفقا على ترك التراب خارجاً عنها وأن لا يرده إليها فذلك لهما ما لم يطرح التراب في أرض مغصوبة ثم ينظر فإن كان ذلك بعد أن وهب له التراب فليس له أبداً في استرجاعه ورده حق، وإن كان لم يهبه له فمتى طالبه بعد ذلك برده كان له وأخذ الغاصب برده فإن طالبه بنقص الأرض نظر. فإن كان رد التراب إليها يمنع من النقص فليس له مطالبته بالنقص وإن كان رد التراب إليها لا يمنع من النقص فله مطالبته بالنقص الحاصل فيها بعد رد التراب إليها.

والحال الثالث: أن يدعو رب الأرض إلى رد التراب إليها ويمتنع الغاصب فيؤخذ الغاصب جبراً برد التراب إليها فإن عظمت مؤنة رده وتضاعفت الكلفة في نقله لأنه الجاني على نفسه بعدوانه وغصبه سواء كان للمالك في رد التراب نفع أم لا بخلاف ما ذكرنا من قبل في قلع الشجر والتزويق في أحد الوجهين لأن التراب عين يملكها فكان أحق الناس بها وإن لم ينفعه كمن غصب عبداً زمناً لا ينفع سيده وهو كلٌّ عليه يلتزم نفقته ولا يرجو نفعه فإن الغاصب مأخوذ برده على مالكه وإن ثقلت عليه مؤنة رده.

والحال الرابع: أن يدعو الغاصب إلى رده ويمتنع منه المالك فلا يخلو حال المالك في منعه من أحد أمرين: إما أن يبرئه من ضمان التراب أو لا يبرئه فإن منعه من رده ولم يبرئه من ضمانه فللغاصب رد التراب وحده ليسقط عنه ضمانه بالرد ولا اعتبار بمنعه وإن منعه من رده بعد إبرائه منه فلا يخلو حال الغاصب من أحد أمرين:

إما أن يكون في رده غرض صحيح أو لا غرض له في رده صحيح وذلك من وجوه:

أحدها: أن يكون قد نقله إلى أرض أخرى مغصوبة فيرده ليبرأ من غصبها، ومنها أن يكون قد نقله إلى طريق سابلة تضيق عنه أو لا يأمن أن يتلف به ما يضمنه. ومنها أن يكون قد

نقله إلى مسجد لله تعالى فلا يقر على تركه فيه، ومنها أن تكون الأرض التي نقل التراب عنها قد صارت حفراً لا يأمن ضمان ما يسقط فيها فهذه كلها أغراض صحيحة وللغاصب أن يرد التراب لأجلها إلى المكان الذي نقله عنه وليس للمالك أن يمنعه منه وإن لم يكن للغاصب في رده غرض صحيح لحصول التراب في أرض أخرى لمالك التراب أو في موات لا يمنع من تركه فيه منع الغاصب من رده لما فيه من إتعاب بدنه وأعوانه بغير نفع يرجع إليه وربما كان فيه إضرار لغيره وهذا سفه.

فصل: فأما المزني فإنه يمنع الغاصب من سد البئر ورد التراب إذا منعه المالك من السد والرد استشهاداً بما ذكره من نسج الغزل ثوباً وضرب الطين لبناً وطبع النقرة دنانير فنبدأ بشرح المذهب فيما ذكره ثم بالكلام معه، والمذهب في الغزل إذا نسجه الغاصب ثوباً والطين إذا ضربه لبناً والنقرة إذا طبعها دنانير أنه متى رضي المالك بأخذ الغزل ثوباً منسوجاً والطين لبناً مضروباً والنقرة دنانير مطبوعة فله ذلك وليس للغاصب نقض الغزل وتكسير اللبن وسبك الدنانير وليس له أيضاً أجرة العمل. أما النقض والتكسير والسبك لمَا فيه من إتعاب بدنه وأعوانه من غير اجتلاب نفع ولا دفع لضرر. وأما الأجرة فلأمرين:

أحدهما: أنه قد عمل عملاً وتعدى به المتعدي لا يستحق عليه أجراً.

والثاني: أنه عمله لنفسه ومن عمل لنفسه فلا يستحق على غيره أجراً فلو أن الغاصب قبل تسليم ذلك إلى مالكه نقض الثوب فجعله غزلاً وكسر اللبن طيناً وسبك الدنانير نقرة حتى صار على حاله الأولى قبل الغصب ضمن ما بين قيمة الثوب منسوجاً وغزلاً وما بين قيمة اللبن مضروباً وطيناً وما بين قيمة الدنانير مطبوعة ونقرة لأنه قد كان يلزمه تسليمها حين زادت بعمله ويمنع من إعادتها إلى ما كانت عليه من قبل، فلزمه ضمان النقص. فأما رب الغزل والطين والنقرة إذا طالب الغاصب بنقض الثوب غزلاً وتكسير اللبن طيناً وسبك الدنانير نقرة فإن كان له في ذلك غرض صحيح أخذ الغاصب به ليعود ذلك كما غصبه وإن لم يكن له غرض صحيح على ما مضى من الوجهين.

فصل: وأما الكلام مع المزني فيقال له إن كنت تمنع الغاصب من سد البئر ورد التراب مع ارتفاع الأغراض الصحيحة وزوال المقاصد الواضحة فنحن نوافقك عليه وليس بينك وبين الشافعي خلاف فيه ولا يشتبه عليك الخلاف بقوله في سد البئر نفعه أو لم ينفعه لأن معناه أو لم ينفعه في الحال إذا كان فيه نفع في ثاني حال وإن كنت أردت مع الغاصب من سد البئر ورد التراب مع وجود المقاصد الصحيحة فنحن نخالفك فيها ونمنع ما ذكرته أن يكون دليلاً عليها لارتفاع الأغراض في نقض الغزل وتكسير اللبن وظهوره في سد البئر ورد التراب وليس لك إدخال الضرر على الغاصب مع زواله عن المغصوب.

فصل: فأما إذا غصب رجل أرضاً وقلع منها شجراً فلا يخلو أن يكون الشجر باقياً أو مستهلكاً فإن كان باقياً ففي كيفية ضمانه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يضمن ما بين قيمة الشجر قائماً ومقلوعاً لأنه متعد على الشجر.

والوجه الثاني: أنه يضمن ما بين قيمة الأرض ذات شجر قائم وما بين قيمتها والشجر مقلوع منها لأن تعديه قد سرى إلى الأرض.

والوجه الثالث: أنه يضمن أغلظ الأمرين لاجتماع العلتين في تغليظ الغصب فلو كان الشجر قد نجره أبواباً أو عمله سفناً فزاد في قيمته بعمله بقدر ما ضمنه من نقصه لم يسقط عنه ضمان النقص بما تطوع به من زيادة العمل ولزمه الغرم مع رده زائداً فإن خلع الأبواب وهدم السفن حتى ذهبت زيادة عمله ضمن أيضاً نقصها بعد ذهاب العمل لما عللنا به من لزوم ردها معمولة. وإن كان الشجر قد استهلك حين قلعه فضمانه يكون على الأوجه الثلاثة.

فعلى الوجه الأول: يضمن قيمة الشجر قائماً.

وعلى الوجه الثاني: يضمن ما نقص من قيمة الأرض بقلع الشجر.

وعلى الوجه الثالث: يضمن أغلظ الأمرين.

فصل: وإذا غصب أرضاً فطرح فيها تراباً لم يخل حال التراب من أحد أمرين إما أن يمكن أخذه منها أم لا فإن أمكن أخذه منها أخذه الغاصب إن تميز وضمن ما نقصت الأرض بأخذه إن نقصت وإن لم يمكن أخذه منها لبسط ذلك فيها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون على قيمتها الأولى لم تزد ولم تنقص فلا شيء على الغاصب ولا له لأن ترابه صار مستهلكاً.

والقسم الثاني: أن تكون قيمتها قد نقصت عن حالها قبل بسط التراب فيها فيضمن قدر نقصها، ويصير ترابه مستهلكاً.

والقسم الثالث: أن تكون قيمتها قد زادت عن حالها قبل بسط التراب فيها فلا يخلو حال التراب من أحد أمرين:

إما أن يكون طاهراً أو نجساً فإن كان نجساً كالأرواث والكسايح النجسة فلا شيء للغاصب فيها لفوات الرجوع بها وتحريم المعاوضة عليها. وإن كان طاهراً ففيه وجهان:

أحدهما: أنه مستهلك لا شيء له فيه لاستهلاكه إياه بنفسه فيما لا يتميز عنه.

والوجه الثاني: أنه يكون شريكاً في ثمن الأرض بقدر ثمن التراب ولا يكون ذلك استهلاكاً لترابه كما لا يكون صبغ الثوب بما لا يمكن استخراجه منه استهلاكاً للصبغ فعلى هذا ينظر قيمة الأرض قبل بسط التراب فيها فإذا قيل ألف نظر قيمة التراب قبل بسطه فإذا قيل

مائة نظر قيمة الأرض بعد بسط التراب فيها فإن كانت ألف ومائة وليس في القيمتين بعد الاجتماع زيادة ولا نقص على ما قبل الاجتماع فيصير الغاصب شريكاً له في الأرض بمائة هي قيمة ترابه، وإن كانت قيمة الأرض ألفاً وخمسين فقد نقصت عن القيمتين بعد الاجتماع خمسون فيكون الغاصب شريكاً في الأرض بالخمسين الزائدة على الألف ويكون النقص داخلاً عليه وحده لضمانه نقص الأرض بالتعدي وإن كانت قيمة الأرض ألفاً ومائتين فقد زادت على القيمتين بعد الاجتماع مائة فتكون المائة الزائدة بينهما على قدر المالين في أحد عشر سهماً لحدوثها عن المالين معاً والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَهَلَكَتْ فَقَالَ ثَمَنُهَا عَشَرَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا بأن المغصوب مضمون بأكثر قيمته في السوق والبدن من وقت الغصب إلى وقت التلف.

وقال أبو حنيفة: وهو مضمون بقيمته وقت الغصب اعتباراً بحال التعدي، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن استدامة الفعل كابتدائه شرعاً ولساناً أما الشرع فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ [النساء: ١٣٦] أي استديموا الإيمان. وقال تعالى: ﴿اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾ [الفاتحة: ٦] أي ثبتنا على الهداية إليه فاستوى حكم الابتداء والاستدامة في الأمر والطلب: وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب يسمى في كل حال غاصباً، ويقال قد غصب وإن كان قد تقدم منه الغصب. والثاني أن الغصب عدوان يوجب الضمان كالجناية فلما كانت سراية الجراح في الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجراح وجب أن يكون الحادث بعد الغصب في حكم الموجود في حال الغصب، ثم هو في الغصب أولى منه في الجناية لبقاء يده في الغصب وارتفاعها في الجناية، وفي ما ذكرنا من المعاني الماضية معه في زيادة البدن دليل كاف.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا واختلفا في المغصوب فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يختلفا في قيمته.

والثاني: أن يختلفا في تلفه.

والثالث: أن يختلفا في مثله. فأما الضرب الأول وهو اختلافهما في قيمته فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون اختلافهما في القيمة مع اتفاقهما في الصفة، فيقول المغصوب منه

قيمته عندي ألف ويقول الغاصب قيمته عندي مـائة فـالقول قـول الغاصب مـع يمينه في قـدر قيمته لأمرين:

أحدهما: إنكـاره الزيـادة والقول في الشـرع قول المنكـر دون المدعي. **والثـاني:** أنه غارم، والقول في الأصول قول الغارم، فإن قيل فكلا المعنيين يفسـد بالشفيـع إذا اختلف مع المشتري في قدر الثمن فالقول قـول المشتري في قـدره دون الشفيع والشفيـع منكر وغـارم. فالجواب عنه من وجهين:

أحـدهما: أن المشتـري مالـك فلم يكن للشفيع انتـزاع ملكه إلا بقـوله كمـا أن الغارم مالك ولا يغرم إلا بقوله.

والثاني: أن المشتري فاعل الشراء فكان القول فيه قوله كما أن الغاصب فاعل الغصب فكان القول فيه قوله فحل المشتري بهذين محل الغارم وسلم المعنيان.

فصل: فإن كان للمغصوب منه بينة على مـا ادعاه من القيمـة سمعت وهي شاهـدان أو شـاهد وامـرأتان، أو شـاهد ويمين، فـإن شهدت بينـة بأن قيمـة العبد المغصـوب ألف وقت الغصب أو وقت التلف أو فيما بين الغصب والتلف حكم بها لأن الغـاصب ضامن لقيمتـه في هذه الأحوال كلها، وإن شهدت بينة بأن قيمته كانت ألفاً قبل الغصب لم يحكم بها لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول إنه يصيـر لأجل هـذه البينة القول قول المغصوب منه مع يمينه لأن الأصل بقاء هذه القيمة مـا لم يعلم نقصها. وهـذا غير صحيح لأن ما قبل الغصب غير معتبر والبينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بهـا قول المشهود له لجاز الاقتصار عليهـا من غير يمين، فـإن شهدت البينـة بصفات العبـد دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لأمرين:

أحدهما: أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل.

والثـاني: أن اختلافهمـا في القيمة دون الصفـة فلم تسمع البينـة في غيـر مـا تـداعيـاه واختلفا فيه.

فصل: والضرب الثاني أن يكون اختلافهما في القيمة لاختلافهمـا في الصفة فهـو على ضربين:

أحدهما: أن تكون صفة زيادة.

والثاني: أن تكون صفة نقص فأما صفة الزيادة فهي دعوى المغصوب منـه. وصورتهـا أن يقول المغصوب منه قيمة عبدي ألف لأنه كاتب أو صانع ويقول الغـاصب قيمته مـائة لأنـه ليس بكاتب ولا صانع فالقـول قول الغـاصب مع يمينـه لا يختلف لوجـود المعنيين فيه وهمـا

الغرم والإنكار. وأما صفة النقص فهي دعوى الغاصب، وصورتها أن يقول الغاصب قيمة العبد الذي غصبته منك مائة لأنه سارق أو آبق ويقول المغصوب منه قيمته ألف لأنه ليس بسارق ولا آبق ففيه وجهان لاختلاف المعنيين:

أحدهما: أن القول قول الغاصب مع يمينه تعليلاً بعرفه.

والثاني: أن القول قول المغصوب منه مع يمينه تعليلاً بإنكاره.

فصل: وأما الضرب الثاني في الآجال. وهو اختلافهما في تلفه فصورته أن يقول المغصوب منه عبد باق في يدك ويقول الغاصب قد تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه ثم فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا شيء عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه على تلفه لأنه لا يدعي القيمة. وقد حلف الغاصب على تلف العين.

والوجه الثاني: أن عليه القيمة للمغصوب منه لأنه وإن كان منكراً للتلف فيمين الغاصب مانعة من القدرة عليه فصار كالآبق يلزم الغاصب قيمته مع بقاء عينه.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو اختلافهما في مثله فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يختلفا في صفات المثل. كقول المغصوب منه غصبتني طعاماً حديثاً فيقول الغاصب بل غصبتك طعاماً عتيقاً فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلاً بالمعنيين في الإنكار والغرم ثم للمغصوب منه أن يتملك ذلك لأنه أنقص من حقه الذي يدعيه.

والضرب الثاني: أن يختلفا في أصل المثل كقول المغصوب منه لما غصبتنيه مثل وقول الغاصب ليس له مثل فلا اعتبار لاختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام فإن حكموا له بمثل طولب به وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه.

والضرب الثالث: أن يختلفا في وجود المثل كقول المغصوب منه المثل موجود. ويقول الغاصب بل المثل معدوم فيكشف الحاكم عن وجوده ويقطع تنازعهما فيه، فإن وجده لزم الغاصب دفع المثل رخيصاً كان أو غالياً، وإن عدمه خير المغصوب منه بين أن يتعجل أخذ القيمة وبين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمة ثم وجد المثل بعد ذلك، فلا حق له فيه، وقد استقر ملكه على ما أخذ من قيمته بخلاف الآبق إذا أخذت قيمته ثم وجد.

والفرق بينهما أن قيمة الآبق أخذت عند الإياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه وقيمة ذي المثل اخذت مع العلم بالقدرة عليه من بعد، فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه، وإن خير

إلى وجود المثل ثم رجع مطالباً بالقيمة قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف المسلم في الشيء إلى مدة ينقطع فيها فرضي المسلم بالصبر إلى وجوده، فلا يكون له الرجوع قبله، والفرق بينهما إن تعذر وجود السلم عيب فإذا ارتضى به لزمه ذلك بالعقد، وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم.

فصل: وإذا كان على العبد المغصوب ثياب أو حلي، بعد غصبه، فادعاها المغصوب منه لأنها في يد عبده، وقال الغاصب بل هي لي فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه لأن العبد وما عليه في يد الغاصب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ لَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ فَعَلَيْهِ مِثْلُ كَيْلِهِ وَوَزْنِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ماله مثل فهو مضمون في الغصب بالمثل، وما لا مثل له فهو مضمون بالقيمة. فأما حد ما له مثل فقد قال الشافعي وما كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه، وليس ذلك منه حداً لما له مثل لأن كل ذي مثل مكيل أو موزون له مثل. وإنما ذكر الشافعي رضي الله عنه ذلك شرطاً في المماثلة عند الغرم ولم يجعله حداً لما له مثل، وحد ما له مثل أن يجتمع فيه شرطان: تماثل الأجزاء وأمن التفاضل، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل كالحبوب والأدهان، فإن كان مكيلاً كان الكيل شرطاً في مماثلته دون الوزن وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً في مماثلته دون الكيل، فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيوان والثياب أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته.

فصل: فإذا ثبت تحديد ذي المثل بما وصفنا فعدم المثل ولم يوجد وجب العدول إلى القيمة لأنها مثل في الشرع لما ليس له مثل، وكذا يكون مثلاً عند عدم المثل، ثم في القيمة قولان حكاهما أبو حفص بن الوكيل:

أحدهما: يرجع إلى قيمة الأصل المغصوب في أكثر ما كان قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف. **والقول الثاني**: يرجع إلى قيمة المثل، لأن المثل هو المستحق بالغصب ثم قيمة المثل تختلف باختلاف الأمكنة، واختلاف الأزمنة فإن للمثمن في كل بلد ثمن، وفي كل زمان ثمناً. فأما المكان الذي يستحق اعتبار القيمة فيه فهو الموضع الذي كان الغصب فيه لأن المثل لو كان موجوداً لاستحق تسليمه في مكان الغصب وكذا قيمته، وإن كان المثمن مغصوباً بالبصرة، اعتبرت قيمته بالبصرة وإن كان ببغداد اعتبرت قيمته ببغداد وعندي من وقت التلف إلى وقت العدم وأما زمان القيمة ففيه وجهان:

أحدهما: ذكره أبو علي الطبري في إفصاحه، أنه تعتبر قيمته أكثر ما كانت قيمته من

وقت الغصب إلى وقت العدم كما تعتبر قيمته بدلاً مثل له أكثر ما كان قيمته من وقت الغصب إلى وقت التلف.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي أنه تعتبر قيمته وقت العدم لا غير ولا اعتبار بما كان زائداً قبلها، لأن نقص ثمنه مع وجود المثل لا يوجب غرم النقص مع دفع المثل، فعلم أن ما تقدم من زيادة الثمن ونقصه غير معتبرة وقد اعتبرت قيمته في آخر وقت إمكانه.

فصل: وإذا غصب رجل من رجل حنطة بالبصرة ثم اجتمع ببغداد فطالبه بحنطته فلو كانت باقية لم يلزمه نقلها إليه، وكان عليه أن يردها إليه بالبصرة حيث غصبه إياها وليس له أن يطالبه بمثلها لبقاء عينها فإن كانت مستهلكة فإن كانت قيمة الحنطة ببغداد مثل قيمتها بالبصرة أو أقل لزمه أن يعطيه مثل حنطته ببغداد وإن كانت قيمة الحنطة ببغداد أكثر من قيمتها بالبصرة كان المغصوب منه بالخيار بين أن يصبر عليه حتى يعطيه مثل طعامه بالبصرة في الموضع الذي غصبه وبين أن يأخذ منه ببغداد قيمة مثل طعامه بالبصرة، ولكن لو أن الغاصب بذل ذلك للمغصوب منه بعد إذ لم يلزمه قبوله سواء بذل له قيمة أو مثل الاستحقاق للقبض في مكان الغصب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ ثَوْباً فَصَبَغَهُ فَزَادَ فِي قِيمَتِهِ قِيلَ لِلْغَاصِبِ إِنْ شِئْتَ فَاسْتَخْرِجِ الصَّبْغَ عَلَى أَنَّكَ ضَامِنٌ لِمَا نَقَصَ وَإِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فَإِنْ مُحِقَ الصَّبْغُ فَلَمْ تَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ قِيلَ لَيْسَ لَكَ هَهُنَا مَالٌ يَزِيدُ فَإِنْ شِئْتَ فَاسْتَخْرِجْهُ وَأَنْتَ ضَامِنٌ لِنُقْصَانِ الثَّوْبِ وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْهُ وَإِنْ كَانَ يَنْقُصُ الثَّوْبَ ضَمِنَ النُّقْصَانَ وَلَهُ أَنْ يُخْرِجَ الصَّبْغَ عَلَى أَنْ يَضْمَنَ مَا نَقَصَ الثَّوْبَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ (قال المزني) هَذَا نَظِيرُ مَا مَضَى فِي نَقْلِ التُّرَابِ وَنَحْوِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل غصب ثوباً فصبغه فلا يخلو حال الصبغ من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون للغاصب.

والثاني: أن يكون لرب الثوب.

والثالث: أن يكون لأجنبي. فإن كان الصبغ للغاصب فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يمكن استخراجه.

والثاني: لا يمكن استخراجه.

والثالث: أن يمكن استخراج بعضه ولا يمكن استخراج بعضه فإن لم يمكن استخراجه -

لم يخلُ ثمنه بعد الصبغ من ثلاثة أقسام. إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبغ أو يكون أقل، أو يكون أكثر، فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبغ مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبغ عشرة دراهم، فيباع الثوب بعد صبغه بعشرة دراهم فهي بأثرها لرب الثوب لاستهلاك الصبغ إما بذهاب قيمته وإما لجره النقص للثوب.

وإن كان ثمنه بعد الصبغ أقل مثل أن يساوي بعد الصبغ ثمانية دراهم فيأخذها رب الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بها جميع الثمن ويصير صبغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين. وإن كان ثمنه بعد الصبغ أكثر فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام: إما أن يكون بقدر ثمن الصبغ، إو يكون أقل أو يكون أكثر. فإن كانت بقدر ثمن الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ عشرين درهماً فتكون بينهما فيأخذ رب الثوب منها عشرة التي هي ثمن ثوبه ويأخذ الغاصب عشرة هي ثمن صبغه ولم يحصل فيها نقص لا في الثوب ولا في الصبغ، وإن كانت الزيادة أقل من ثمن الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ خمسة عشر درهماً فيأخذ منها رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملاً ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية ويصير النقص مختصاً بصبغه لضمانه نقص الثوب وإن كانت الزيادة بينهما بقدر ماليهما فيأخذ رب الثوب خمسة عشر درهماً عشرة منها هي ثمن ثوبه وخمسة هي قسط الصبغ من الزيادة وإذا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين ولم يختص الغاصب بها وإن كانت حادثة بعمله؛ لأنه عمل في ماله ومال غيره فلم يحصل له عوض عن عمله في مال غيره وحصل له عوض في مال نفسه. فإن دعى أحدهما إلى بيعه وأبى الآخر نظر في الداعي إلى البيع فإن كان رب الثوب فله ذلك وليس للغاصب لتعديه بالصبغ أن يمنعه من البيع فيستديم حكم الغصب، وإن دعى الغاصب إلى بيعه ليتوصل إلى ثمن صبغه وأبى رب الثوب فإن بذل له مع إبائه ثمن الصبغ الذي يستحق لو بيع الثوب فله ذلك ولا يجبر على البيع، وإن لم يبذل له ثمن الصبغ ففيه وجهان ذكرهما أبو علي الطبري في «إفصاحه»:

أحدهما: أنه يجبر رب الثوب على بيعه ليتوصل الغاصب إلى ثمن صبغه كما يجبر الغاصب عليه ليتوصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه.

والوجه الثاني: أن لا يجبر رب الثوب على بيعه؛ لأن الغاصب متعد بصبغه فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه. فهذا الكلام في الصبغ إذا لم يكن استخراجه ولا فرق بين أن يكون سواداً وبين أن يكون غيره من الألوان.

وقال أبو حنيفة: إن كان الصبغ سواداً فلا شيء للغاصب فيه وكان رب الثوب مخيراً بين أن يأخذه ولا شيء عليه للصبغ وبين أن يعطيه للغاصب ويأخذ منه قيمته. وإن كان

الصبغ حمرة أو صفرة فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبغ وبين أن يعطيه للغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب فجعل له في الأصباغ كلها أن يأخذ من الغاصب قيمة ثوبه إن شاء فله أن يأخذه مصبوغاً إن شاء لكن إن كان الصبغ سواداً فلا قيمة عليه له وإن كان لوناً غيره فعليه قيمته واختلف أصحابه لما خص السواد بإسقاط القيمة، فقال بعضهم لما فيه من إتلاف أجزاء الثوب. وقال آخرون، بل قاله في آخر الدولة الأموية حين كان السواد نقصاً ولوناً مذموماً فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية وزيادة في الثوب على غيره من الألوان فلا، وهذا قول ضعيف وتعليل لا يختص بالسواد لأن من الألوان ما قد يكون نقصاً تارة وتارة أخرى زيادة، فاقتضى أن يكون التعليل عاماً في اعتبار النقص وزيادته، ولا يكون مختصاً بالسواد دون غيره. فأما تمليك الغاصب الثوب بأخذ القيمة منه فخطأ لأن بقاء العين المغصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياساً عليه لو كان غير مصبوغ ولأن من لم يجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه لم تجب عليه قيمته بعد صبغه كالآجر، ولأن الصبغ لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون نقصاً أو غير نقص فإن كان نقصاً ضمنه لا غير كالمتميز وإن لم يكن نقصاً فأولى أن لا يضمن والله أعلم.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراجه، فللغاصب ورب الثوب أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على تركه في الثوب وبيعه مصبوغاً فيجوز ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه. **والحال الثاني**: أن يتفقا على استخراجه منه فذلك جائز ليصل الغاصب إلى صبغه ورب الثوب إلى ثوبه، فإن استخرجه وأثر في الثوب نقصاً ضمنه به. **والحال الثالث**: أن يدعو الغاصب إلى استخراجه ويدعو رب الثوب إلى تركه فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه لأنها عين فملكها والأعيان المملوكة لا يقهر ملاكها عليها لعدم المنفعة فعلى هذا يكون ضامناً لنقص الثوب ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبغ لأن رب الثوب قد ملكها ففوتها الغاصب عليه باستخراج صبغه، مثاله أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فيساوي الثوب مصبوغاً ثلاثين، وبعد استخراج الصبغ منه خمسة، فيضمن الغاصب عشرة خمسة منها هي نقص الثوب قبل صبغه، وخمسة أخرى هي نقص قسطه من الزيادة الحادثة بعد صبغه.

والحال الرابع: أن يدعو رب الثوب إلى استخراجه ويدعو الغاصب إلى تركه فهذا على وجهين:

أحدهما: أن يتركه استبقاء لملك الصبغ فيه، فينظر. فإن لم يكن الصبغ قد أحدث زيادة تفوت باستخراج الصبغ منه ففيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: وهو اختيار أبي حامد، أنه لا يجبر على استخراجه إذا امتنع لما فيه من استهلاك ماله مع قدرة رب الثوب على الوصول إلى استيفاء حقه بالبيع قال وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه لأنه مال، قيل للغاصب إن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبغ فحصل الخيار إليه فدل ذلك من قوله على أنه لا يجبر عليه فعلى هذا يكون في حكم ما لا يمكن استخراجه إذا بيع. **والوجه الثاني:** وهو أصح، أنه يجبر على أخذه لأنه عرق ظالم لا حرمة له في الاستبقاء فصار كالغرس والبناء، ويكون تخير الشافعي رضي الله عنه له في الترك والاستخراج عند رضا رب الثوب بالترك، فعلى هذا إن استخرجه ضمن نقص الثوب قبل الصبغ ولم يضمن نقصه بالزيادة في حال الصبغ لأن رب الثوب هو الذي أتلفها على نفسه بإجبار الغاصب على استخراجه.

والضرب الثاني: أن يتركه الغاصب عفواً عنه وإبراء منه، فينظر فيه فإن كان قد أحدث نقصاً في الثوب أو كان له مؤنة في الاستخراج أو كان قد جبر نقصاً دخل على الثوب أجبر الغاصب على استخراجه، وإن كان زيادة محضة ففيه وجهان:

أحدهما: أنها هبة عين لا يلزم رب الثوب قبولها ويجبر الغاصب على استخراجه.

والوجه الثاني: أنها زيادة متصلة تجري مجرى غير المتميزة كالطول والسمن في خروجها عن الهبة إلى المسامحة ولا يجبر الغاصب على الاستخراج. فهذا حكم الصبغ إذا أمكن استخراجه.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراج بعضه ولا يمكن استخراج بعضه فالقول فيما لا يمكن استخراجه كالقول في القسم الأول والقول فيما يمكن استخراجه كالقول في القسم الثاني، فيجمع في هذا القسم حكم القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيماً وشرحاً فهذا حكم الصبغ إذا كان للغاصب.

فصل: وأما إذا كان الصبغ لرب الثوب فكالرجل غصب ثوباً يساوي عشرة وصبغاً يساوي عشرة وصبغ به الثوب فإن لم يمكن استخراج الصبغ، نظر قيمة الثوب مصبوغاً، فإن كان يساوي عشرين درهماً أخذه المالك ولا شيء له على الغاصب، وإن نقص مصبوغاً عن العشرين أخذه مالكه ورجع بما بقي بعد قيمته من العشرين ليستكمل قيمة الثوب والصبغ. فإن كان استخراج الصبغ ممكناً فلا حق للغاصب في استخراجه لأنه لا يملك عيناً فيه وللمالك حالتان:

إحداهما: أن يرضى بترك الصبغ في الثوب فله ذلك ويأخذ معه ما نقص من القيمتين إن حدث فيها نقص والله أعلم.

والحال الثانية: أن يدعو إلى استخراج الصبغ، فينظر، فإن كان له في استخراجه غرض صحيح وذلك من وجوه منها أن يحتاج إلى الثوب أبيض، ومنها أن يحتاج إلى الصبغ في غيره، ومنها أن يكون استخراجه أكثر من قيمته، ومنها أن يكون لاستخراجه مؤنة يذهب بها شطر قيمته، فإن الغاصب مأخوذ باستخراجه وضمان نقص إن حدث فيه، وإن لم يكن له في استخراجه غرض نظر، فإن لم يستضر الغاصب بنقص بضمنه في الثوب أخذ باستخراجه، وإن كان يستضر بنقص يحدث فيه فهل يؤخذ جبراً باستخراجه أم لا؟ على وجهين، كالشجرة في الأرض:

أحدهما: يؤخذ باستخراجه لاستحقاق المالك باسترجاع ملكه على ما كان عليه قبل غصبه فعلى هذا يضمن ما نقص من القيمتين ولا يضمن زيادة إن كانت قد حدثت بالصبغ، ولو طالب بغرم النقص من غير استخراج إجيب إليه.

والوجه الثاني: أنه يقر على حالته ولا يجبر الغاصب على استخراجه لما فيه من العبث والإضرار، ولو سأل غرم نقص لو كان يحدث بالاستخراج لم يجب إليه إلا أن يكون في اجتماعهما نقص من القيمتين فيضمن ذلك النقص.

فصل: في صبغ الأجنبي

وأما إذا كان الصبغ لأجنبي فلا يخلو من أن يمكن استخراجه أو لا يمكن فإن لم يمكن استخراجه كان رب الثوب ورب الصبغ شريكين في الثوب مصبوغاً بقيمة الثوب وقيمة الصبغ لاجتماع ماليهما فيه، ثم لا تخلو قيمة الثوب مصبوغاً من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر القيمتين.

والثاني: أن يكون أقل.

والثالث: أن يكون أكثر. فإن كان بقدر القيمتين مثل أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فيساوي الثوب مصبوغاً عشرين، فإذا تسلماه مصبوغاً برىء الغاصب من حقهما وكانا فيه على الشركة بالقيمتين، فإن بذل رب الثوب لرب الصبغ قيمة صبغه أجبر على أخذها لأنه لا يقدر على عين ماله لكونه مستهلكاً في الثوب فلو بذل رب الصبغ لرب الثوب قيمة ثوبه لم يجبر على قبولها وقيل: إنه مخير بين أخذها، وبذل قيمة الصبغ لأن الثوب أصل عينه قائمة، والصبغ تبع قد استهلك في الثوب وإن كان قيمة الثوب مصبوغاً أقل من القيمتين، مثل أن تكون خمسة عشر درهما فتنقسم بينهما نصفين بالقسط على القيمتين ويرجع كل واحد منهما على الغاصب بدرهمين ونصف هي نقص ما غصب منه فيصيران راجعين عليه بخمسة دراهم تكملة العشرين. وإن كان قيمة الثوب مصبوغاً أكثر مثل أن تكون

قيمته ثلاثين درهماً، فتكون بينهما نصفين بقدر القيمتين لحدوث العشرة الزائدة في ماليهما وإن كان استخراجه ممكناً فلرب الثوب ورب الصبغ الأحوال الأربعة:

أحدها: أن يتفقا على ترك الصبغ في الثوب فذلك لهما ثم إن كان فيه نقص رجعا به على الغاصب ليستكملا القيمتين.

والحال الثاني: أن يتفقا على استخراجه فذلك لهما سواء أضر استخراجه بالغاصب في حدوث نقص يلزمه غرمه أم لا، لأن المالكين قد اتفقا على تمييز المالين ثم يرجع كل واحد منهما على الغاصب بما حدث من النقص في ماله بالاستخراج لتعديه المتقدم بالصبغ.

والحال الثالث: أن يدعو رب الصبغ وحده إلى استخراجه فله ذلك ويرجع رب الثوب على الغاصب بنقص ثوبه ورب الصبغ بنقص صبغه فإن كان استخراجه يحدث في الثوب نقصاً وليس الغاصب حاضراً فيرجع به عليه، قيل لرب الصبغ ليس لك استخراج صبغك إلا أن تغرم لرب الثوب نقص ثوبه ويكون ذلك ديناً لك على الغاصب ويرجع به عليه بعد القدرة.

والحال الرابع: أن يدعو رب الثوب وحده إلى استخراجه فإن لم يدخل بذلك نقص في الصبغ أخذ الغاصب بالتزام مؤنة الاستخراج وغرم النقص إن كان يدخل على الصبغ بعد أن استخرج لم يؤخذ رب الصبغ باستخراج الصبغ إلا أن يبذل له رب الثوب نقص الصبغ على الغاصب أم لا؟ على وجهين من اختلاف الوجهين الماضيين في إجبار الغاصب على استخراجه لو كان الصبغ له.

فصل: قال المزني رضي الله عنه هذا نظير ما مضى في نقل التراب ونحوه، يعني أن الغاصب ممنوع من استخراج صبغه كما هو ممنوع عنده من رد التراب فأما التراب فقد مضى الكلام فيه. وأما الصبغ فهو عين مال لا يمنع من استرجاعه وإن كان غاصباً لغيره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ زَيتاً فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ خَيرٍ مِنْهُ فَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِنْ هَذَا مكِيلَتَهُ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِثْلَ زَيْتِهِ وَإِنْ خَلَطَهُ بِشرٍّ مِنْهُ أَوْ صَبَّهُ فِي بَانٍ فَعَلَيهِ مِثْلُ زَيتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. لأن للزيت مثلاً فإذا غصب زيتاً وخلطه بغيره فعلى ضربين.

أحدهما: أن يخلطه بزيت.

والثاني: بغير زيت، فإن خلطه بزيت فعلى ثلاثة أضرب.

أحدها: أن يخلطه بمثله.

والثاني: أن يخلطه بأجود منه.

والثالث: أن يخلطه بأردأ منه، فإن خلطه بمثله كان للغاصب أن يعطيه مكيلة زيته منه وليس للمغصوب منه أن يطالبه بمكيلة من غيره، وإن أراد الغاصب أن يعدل به إلى مثل مكيلة زيته من غيره ففيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه ها هنا، أن له ذاك لأنه قال فخلطه بمثله أو خيراً منه، فإن شاء أعطاه من هذا مكيلة وإن شاء أعطاه مثل زيته، ووجه ذلك أنه إذا لم يقدر على غير زيته تساوت الأعيان المماثلة له فلم يكن للمغصوب منه أن يتحجز عليه في عين دون عين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، أن عليه أن يعطيه مكيلة زيته من ذلك الزيت المختلط وليس للغاصب أن يعدل به إلى غيره إلا عن رضى منه، ووجه ذلك أن العين المغصوبة موجودة فيه وليس يدخل على الغاصب ضرر به فكأن المغصوب أحق بما ليس له عين مال فيه، ويكون كلام الشافعي رضي الله عنه راجعاً إلى خلطه والأجود دون المثل..

فصل: وإن خلطه بأجود منه، فإذا بذل له الغاصب مكيلة زيته منه أجبر على أخذه ولم يكن له العدول إلى غيره لوجود العين المغصوبة فيه مع الزيادة، في الجودة، وإن عدل به الغاصب إلى مثل مكيلة زيته من غيره فإن رضي بذلك المغصوب منه جاز، وإن لم يرض به وطالب بحقه من نفس ما اختلط به ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا ومنصوص الشافعي رضي الله عنه في الغصب أن القول قول الغاصب في العدول إلى مثل مكيلة زيته من غيره لأن فيه زيادة لا تتميز فلم يلزم الغاصب بذلها، وكان المثل أحق ليزول به الضرر عن الفريقين.

والوجه الثاني: وهو قول بعض المتقدمين من أصحابنا أنه يضرب بثمن زيته في الزيت المختلط على ما نص عليه الشافعي رضي الله عنه في الفلس مثاله أن يكون قد غصبه صاعاً من زيت قيمته خمسة دراهم فخلطه بصاع قيمته عشرة دراهم فيباع الصاعان، فإن كان قيمتها خمسة عشر درهماً فليس فيه زيادة ولا نقص فيأخذ المغصوب خمسة دراهم هي ثمن صاعه ويأخذ الغاصب عشرة دراهم هي ثمن صاعه، وإن كان الثمن عشرين درهماً قسمت بينهم أثلاثاً بقدر ثمن الصاعين لتكون الزيادة مقسطة بينهما فيكون للمغصوب ثلث العشرين وللغاصب الثلثان، وإن كان الثمن أقل من خمسة عشر استوفى المغصوب منه ثمن صاعه

خمسة دراهم ودخل النقص على الغاصب لضمانه بالتعدي إلا أن يكون النقص لرخص السوق فلا يضمنه، فعلى هذا الوجه لو قال: المغصوب أنا آخذ من هذا الزيت المختلط زيتاً بقيمة ما استحقه وهو ثلث الصاعين بخمسة من خمسة عشر، ففيه وجهان.

أحدهما: لا يجاب إلى هذا لما فيه من الربا، لأنه يصير آخذاً لثلثي صاع بدلاً من الصاع وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: يجاب إلى هذا ويعطى من الصاعين ثلثي صاع لأن المالك لا يجبر على بيع ملكه ولا يكون هذا ربا لأن الربا يجري في البياعات ولم يجر بين الغاصب والمغصوب منه في هذا بيع وإنما هو تارك بعض المكيلة فيكون مسامحاً.

فصل: وإذا خلطه بأردأ منه، مثل أن يغصب منه صاعاً يساوي عشرة دراهم فيخلطه بصاع يساوي خمسة دراهم فلا يخلو حال الغاصب والمغصوب من أربعة أحوال.

أحدها: أن يتفقا على مكيلة زيته من هذا المختلط فيجوز ويصير المغصوب منه مسامحاً بجودة زيته.

والحالة الثانية: أن يتفقا على مثل مكيلة زيته من غيره فيجوز وقد استوفى الحق من غير محاباة.

والحالة الثالثة: أن يبذل له الغاصب مثل مكيلة زيته من غيره، ويدعو المغصوب منه إلى أخذه من المختلط بزيته. ففيه وجهان كما لو اختلط بمثل زيته.

أحدهما: أن القول قول الغاصب لاستهلاك زيته بالاختلاط وله العدول به إلى المثل من غيره.

والوجه الثاني: أن القول قول المغصوب منه لوجود عين ماله فيه فعلى هذا إن رضي أن يأخذ منه مثل مكيلته جاز وكان مسامحاً بالجودة، وإن طلب أن يكون شريكاً فيه بقيمة زيته فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجاب إلى ذلك للقدرة على المثل.

والثاني: يجاب إليه ويكون شريكاً فيه بالثلثين قسط عشرة من خمسة عشرة إن قاسم عليه وأخذ ثلثي الصاعين وذلك صاع وثلثه على صفعته ها هنا وإن اقتضاه التعليل جاز.

والحالة الرابعة: أن يطلب المغصوب منه مثل مكيلة زيته من غيره ويدعو الغاصب إلى أخذه من المختلط بزيته ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على دفع مثل المكيلة من غيره.

والوجه الثاني: أنه يكون شريكاً في الزيت المختلط بقيمة زيته ولا يلزمه أن يأخذ منه قدر مكيلة لنقصه، ويكون له ثلثاه على ما مضى فإن طلب القسمة كان على الوجهين:

فصل: فأما الضرب الثاني: وهو أن يخلط الزيت بغير زيت فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مما يتميز عنه كالعسل فيؤخذ الغاصب باستخراجه وأرش ما نقص من قيمته ومثل ما نقص من ملكيته.

والضرب الثاني: أن يخلطه بما لا يتميز كالشيرج والبان ففيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص ها هنا أنه يصير مستهلكاً لعدم تميزه ويغرم له مثل مكيلته.

والوجه الثاني: أن يكون شريكاً فيه بقيمة زيته مثل أن يكون المغصوب صاعاً من زيت يساوي خمسة مخلطة بصاع من بان يساوي عشرة فيكون له ثلث ثمنها إن كان الثلث خمسة فصاعداً وإن نقص بالاختلاط من الخمسة رجع بقدر النقص فإن طلب القسمة ليأخذ ثلث الجملة فهما جنسان فيخرج في اقتسامهما به قولان مبنيان على اختلاف قوليه في القسمة هل هي بيع أو تمييز نصيب؟ فإن قيل إنها بيع لم يجز لأن اختلاط الزيت بغيره يفضي إلى التفاضل وإن قيل إنها تمييز نصيب جاز والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَغْلَاهُ عَلَى النَّارِ أَخَذَهُ وَمَا نَقَصَتْ مِكْيَلَتُهُ أَوْ قِيمَتُهُ».

قال الماوردي: وصورتها في من غصب زيتاً فأغلاه بالنار فلا يخلو حاله من أربعة أقسام.

أحدها: أن يكون على حالته لم ينقص من مكيلته ولا من قيمته فيرجع به المغصوب ويبرأ منه الغاصب.

والقسم الثاني: أن ينقص من مكيلته دون قيمته مثل أن يغصب منه عشرة آصع من زيت يساوي كل صاع خمسة دراهم فيرجع إلى سبعة آصع يساوي كل صاع خمسة دراهم فيرجع عليه بمكيلة ما نقص وذلك بثلاثة آصع فلو كان قد زاد في قيمة المغلي الباقي بمثل قيمة ما نقص من الآصع الثلاثة لم يسقط عن الغاصب غرم المكيلة الناقصة لأن الزيادة لا يملكها الغاصب فيكون قصاصاً.

والقسم الثالث: أن ينقص من قيمته دون مكيلته، مثل أن تكون الآصع العشرة على مكيلتها لكن تعود قيمة كل صاع بعد غليه بالنار إلى أربعة دراهم فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون نقصانه منتهياً لا يحدث بعده نقص آخر غيره فهذا يسترجع من الغاصب مغلي مع أرش النقص في كل صاع وهو درهم فيرجع بعشرة دراهم.

والضـرب الثاني: أن لا يكـون النقص قد انتهى لحـدوث نقص آخـر بعـد فهـذا على ضربين:

أحـدهما: أن يكـون ما ينتهي إليـه من النقص الثاني محـدود، فليس له إبـدال الزيت بغيره وينتظر حدوث نقصان فيرجع به، فإن تلف الزيت قبل انتهاء نقصانه فهل يرجع بمـا كان ينتهي إليه من نقص أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختـلاف قوليـه فيمن خلع سن صبي لم يثغر فانتظر به ما يكون من نباتها أو ذهابها فمات قبل معرفتها ففي استحقاق ديتها قولان يخرج منهما ها هنا وجهان:

أحدهما: لا أرش له لعدم حدوثه ولو كان باقياً فطالب بالأرش مثل حـدوث النقص لم يكن له.

والوجه الثاني: له الأرش للعلم به لو كان باقياً فطالب به قبل حدوث النقص كان له فلو لم يهلك الزيت ولكن باعه قبل انتهاء نقصانه فإن أعلم به المشتري فـلا رد له بحـدوث نقصه لعلمه بعينه وللمغصوب أن يرجع على الغاصب بنقصه لأنه عـاوض عليه نـاقصاً وإن لم يعلم المشتري به فله الرد بحدوث نقصه فإن لم يرض به المشتري ورده رجع المغصوب منه بأرشه على الغاصب وإن رضي به ولم يؤده كان في رجوعه على الغاصب بأرش نقصه وجهان:

أحدهما: لا يرجع به لأنه بالمعاوضة عليه سليماً قد وصل إليه من جهة المشتري فصار بمثابة ما لم يحدث به نقص.

والوجه الثاني: يرجع به على الغاصب لضمانه له بـالغصب. ولا يكون حـدوث رضى المشتري به برأة للغاصب منه.

والضرب الثاني: أن يكون ما ينتهي إليه من النقص الثاني غير محدود ففيه وجهان:

أحـدهما: أن للمغصـوب إن شاء أن يـرجع على الغـاصب بمثله لما في استيفـائه إلى انتهاء النقص المجهول من شدة الإضرار. وفوات الانتفاع، وهـو قول أبي إسحـاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة.

والـوجه الثـاني: أنه لابـدل له لأن دخـول النقص المجهول على الأعيـان يمنع من أن يكون كالاستهلاك في الغرم. ألا تراه لو جرح عبداً جهلنا ما ينتهي إليه حال جرحه لم يجز أن يطالب الجارح بالقيمة في بدله.

والقسم الرابع: أن يكون غليه بالنار قـد نقص من مكيلته وقيمتـه مثل أن تعـود الآصع العشرة إلى سبعة ويرجع قيمة كل صاع من السبعة إلى أربعـة فيضمن النقصين نقص المكيلة بالمثل، ونقص القيمة بالأرش على ما وصفناه.

فصل: وإذا غصب منه عصيراً فأغلاه بالنار نقص قيمته إن نقصت وهل يضمن نقص مكيلته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج أنه لا يضمن نقص المكيلة بخلاف الزيت وفرق بينهما بأن نقص مكيلة الزيت باستهلاك أجزائه ونقص مكيلة العصر بذهاب مائيته.

والوجه الثاني: وهو اختيار أبي علي الطبري في (إفصاحه) أنه يضمن نقص المكيلة كما يضمن نقصها من الزيت لأن ما نقصت النار من مائيته ويقوم في العصير بقيمته فصار عصيراً ناقص المكيلة، وهكذا لو غصب منه لبناً فعمله جبناً رجع به جبناً وبنقص إن كان في قيمته وهل يرجع بنقص مكيلته على الوجهين: والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ خَلَطَ دَقِيقاً بِدَقِيقٍ فَكَالزَّيْتِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيمن غصب دقيقاً فخلطه بدقيق على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج أنه كالزيت في أن له مثلاً تعلقاً من كلام الشافعي بظاهره ومن الاحتجاج فيه بتماثل أجزائه وإن تفاوت الطحن في النعومة والخشونة أقرب من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره فعلى هذا يعتبر حال ما خلط به من الدقيق في كونه مثلاً أو أجود أو أردأ ويعطيه مثل مكيله بعينه على ما مضى من الزيت سواء.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن الدقيق لا مثل له لاختلاف طحنه المفضي بالصنعة والعمل إلى عدم تماثله وليس كالحنطة التي ليس للآدميين صنعة في كبر حجمها وصغره وحملوا قول الشافعي رضي الله عنه فكالزيت في أنه يصير مستهلكاً لا في أن له مثلاً فعلى هذا إذا خلط الدقيق بدقيق ففيه وجهان:

أحدهما: عليه قيمته.

والثاني: أن ربه يكون شريكاً في الدقيق المختلط بقيمة دقيقه يباع فيقتسمان ثمنه فإن لحقه نقص رجع به وإن أراد الاقتسام به فعلى قولين من اختلاف قوليه في القسمة هل هي بيع أو تميز نصيب فإن غصب دقيقاً فنخله واستهلك نخالته ففيه وجهان.

أحدهما: يضمن قيمة النخالة.

والثاني: يضمن أغلظ الأمرين من قيمة النخالة أو من نقص الدقيق بنخل النخالة وقد مضى نظير هذين الوجهين في استهلاك التراب من الأرض.

فصل: وإذا غصب حنطة فخلطها بشعير فللحنطة مثل كالزيت فإن أمكن تميزها من الشعير المختلط بها أخذ الغاصب بتميزها وإن ثقلت مؤنة التميز عليه وإن لم يمكن تميزها فعلى وجهين كالزيت إذا خلط بيان.

أحدهما: يرجع بمثل حنطته.

والثاني: أنه يكون شريكاً في المختلط بقيمة حنطته فإن حدث بـالاختلاط نقص رجـع به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ كَانَ قَمْحاً فَعَفِّنَ عِنْدَهُ رَدَّهُ وَقِيمَةَ مَا نَقَصَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا عفنت الحنطة في يد غاصبها أو ساست بالسـوس أو دادت بالدود فله استرجاعها وما نقص من قيمتها قـل النقص أو كثر.

وقال أبو حنيفة هو بالخيار بين أن يأخذها ناقصة أو يرجـع بمثلها وقـد مضى في الكلام معه في مثل هذا ما يغني، وإذا كان كذلك لم يخل حـال نقصها من أن يكـون متناهيـاً أو غير متناه فإن كان متناهياً رجع به رب الحنطة على الغاصب بعد استرجاع حنطته فإن كان غير متناهٍ ولا محدود فعلى ما ذكرنا من الوجهين في نقص الزيت المغلي.

أحـدهما: وهـو قول أبي إسحـاق المروزي وأبي علي بن أبي هـريرة أن رب الحنـطة بالخيار بين أن يرجع بمثل حنطته على الغاصب وبين أن يتمسك بها ويرجع بما ينتهي إليه من النقص.

والوجه الثاني: أنه لا بدل له لبقاء عين ماله ويرجع بما انتهت إليه من نقص.

فصل: غصب الحنطة وطحنها

فإن غصب منه حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه فللمغصوب منـه أن يرجـع به دقيقـاً وخبزاً وبنقص إن حدث فيه وليس للغاصب أن يرجـع بأجـرة العمل ولا بـزيادة إن حـدثت وقال أبـو حنيفـة الغـاصب أملك بهـا إذا زادت ويغـرم مثلهـا لئـلا يكـون عمله مستهلكـاً وهــذا خـطأ لقوله ﷺ: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ.

فصل: ولو غصبه حنطة فزرعها.

قال أبو حنيفة يمكلها ويغرم مثلها وما حصل من نماء عند الحصـاد كان لـه ويأمـره، أن يتصدق به وهكذا القول فيمن غصب غرساً فغـرسه حتى صـار شجراً ملكـه وغرم قيمتـه حين ملكه وهذا خطأ يدفعه نص قوله ﷺ: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَـالِمٍ حَقٌّ. وإذا كان كـذلك لم يخـلُ مال الحنطة المزروعة عند مطالبة المالك لها من ثلاثة أقسام: .

أحدها: أن يكون بذراً

والثاني: أن يكون بقلاً.

والثالث: أن يكون سنبلاً.

فإن كانت بذراً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون جمعه ممكنا.

والثاني: أن يكون غير ممكن. فإنّ كان جمعه ممكناً فعلى ضربين:

أحدهما: أن تقل مؤنة جمعه للمغصوب منه أن يأخذ الغاصب بجمعه ورده.

والثاني: أن تكثر مؤنة جمعه فعلى وجهين من اختلافهم فيمن غصب حنطة في بلد فنقلها إلى غيره. هل يكلف الغاصب نقلها ورد عينها أو يجوز له رد مثلها على وجهين:

أحدهما: يرد المنقولة بعينها إلى البلد وبجمع المبذورة بعينها من الأرض.

والوجه الثاني: أنه لا يكلف نقل النقولة، وله رد مثلها ولا يكلف جمع المبذورة ويكون في حكم ما لا يمكن جمعه من البذر، وما لا يمكن جمعه. من الحب وكان بذراً فالمغصوب منه بالخيار بين أن يطالب الغاصب بمثله وبين أن يصير عليه إلى نباته وإمكان أخذه فإن رضي بالمثل ملك المثل وزال ملكه عن البذور فإذا نبت فلا حق له فيه لزوال ملكه عنه بالمثل وإن صبر عليه إلى نباته وإمكان أخذه فذلك له لبقائه على ملكه وسواء كان مبذوراً في أرض المغصوب منه أو في أرض الغاصب أو في أرض أجنبي فإذا صار بقلاً يمكن جزه كان في حكم ما سنذكره فلو تلف الزرع في الأرض قبل أخذه نظر فإن كان تلفه قبل إمكان أخذه في حال كونه حباً فنقله النمل أو بعد أن نبت على حد لا يمكن أخذه فأكله الدود فعلى الغاصب ضمانه بالقيمة دون المثل في أكثر أحوالها لأن إعواز أخذه قبل التلف بتعديه وإن كان تلفه بعد إمكان أخذه بقلاً ذا قيمة فالغاصب بريء من ضمانه لأنه بالترك بعد المكنة من الأخذ قاطع لتعدي الغاصب.

وأما القسم الثاني وهو أن يكون البذر قد صار بقلاً ذا قيمة يمكن أخذه فللمغصوب منه حالتان. حالة يرضى بأخذه بقلاً وحالة يطالب بمثله حباً فإن رضي به المغصوب منه بقلاً فهو أحق به وإن كانت قيمته بقلاً أقل من قيمته حباً رد على الغاصب بقدر الناقص من القيمة وإن كانت قيمته بقلاً مثل قيمته حباً أو أزيد من قيمة الحب فلا شيء على الغاصب فلو كانت قد نقصت من قيمة الحب في أول نباته ثم زادت قيمته بعد تمامه ففي ضمان الغاصب لذلك النقص وجهان. ذكرناها في الجارية المغصوبة إذا نقصت بمرض ثم زال النقص بزوال المرض.

أحدهما: أنه غير مضمون عليه لأنه نقص لم يستقر فجرى مجرى نقص السوق.

الوجه الثاني: أنه مضمون عليه لأن الضمان قد لزم بحدوث النقص فلم يسقط بحادث زيادة لا يملكها فأما إذا قال لست أرضى به بقلاً وأريد مثل المغصوب مني حباً ففيه وجهان:

أحدهما: يجاب إلى طلبه ويؤخذ الغاصب بإعطائه مثل حنطته ليصل إلى مثل المغصوب المغصوبة لا يلزم غرم أصلها لنقص إن حدث فيها أو حال انتقل عنها كالثوب إذا أخلق والشاة إذا ذبحت وإذا كان كذلك واستقر ملك المغصوب منه بالرضا أو على أحد الوجهين مع عدم الرضا لم يخل حال الأرض التي زرع فيها من ثلاثة أقسام: .

أحدها: أن تكون لمالك الزرع فله إقرار الزرع فيها إلى الحصاد إن شاء وله مطالبة الغاصب بأجرة الأرض قبل أخذها منه وإن كان قد شغلها بالزرع الصائر إليه لتعديه غصباً وزرعاً.

والقسم الثاني: أن تكون الأرض للغاصب فهل يجبر على استبقاء الزرع في أرضه إلى وقت حصاده أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لايجبر عليه وله أخذ المغصوب منه بقلعه لحصول البذر في الأرض بالتعدي.

والوجه الثاني: يجبر الغاصب على تركه إن بذل له المغصوب منه أجر المثل من وقت التسليم إلى وقت الحصاد لحصول البذر في أرضه باختياره.

والقسم الثالث: أن تكون الأرض لأجنبي فلمالك الأرض أن يأخذ مالك الزرع بقلعه إلا أن يجب إلى تركه راضياً بأجرة أو تطوع لأنه مغصوب.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون البذر قد صار سنبلاً فللمغصوب منه أخذه في سنبله وليس له مطالبة الغاصب بالبدل لأنه في سنبله قد عاد إلى حاله قبل غصبه ثم جميع مالزم الغاصب عليه مؤنة سقي وعمل فمتطوع به من ماله لا يرجع بشيء منه على المغصوب منه وأما العشر الواجب للفقراء فهو حق الله تعالى في الزرع فلا يلزم الغاصب لأنه إن قيل إنه بجب في ذمة المالك فليس الغاصب مالكاً، وإن قيل إنه يجب في عين الزرع فلا تعلق له بالغاصب فإن أخذ منه العشر وهو في يد الغاصب نظر فإن أخذه الإمام أجزأ ولا ضمان على الغاصب وإن فرقه الغاصب على الفقراء لم يجز ذلك عن الواجب فيه لعدم النية من المالك في إخراجه ويكون الغاصب ضامن لما أخرج فلو أخذ العشر من الغاصب قال لا يجزىء أخذه لوضعه الزكاة في غير موضعها ضمن الغاصب ماأخذه الوالي منه وإن أخذه منه جبراً لأن الغاصب ضامن لما غصبه منه.

فصل: وإذا غصب رجل بيضاً فصار فراخاً أو فروخاً كان ملكاً للمغصوب منه لتولده من ملكه ولو غصب منه شاة فأنزا عليها فحله فوضعت سخلاً كان ملكاً للمغصوب منه لأن الولد تبع للأم في الملك ولو غصب منه فحلاً فأنزاه على شاة له فوضعت سخلاً كان للغاصب لأنه

مالك للإم ولا شيء للمغصوب منه في نزو فحله لأنه عصب فحل محرم الثمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنه وقيمته فيرجع على الغاصب بقدر نقصه.

فصل: ولو غصبه شاة فذبحها وطبخها لم يملكها ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة وبنقص إن حدث فيها.

وقال أبو حنيفة قد صارت بالطبخ للغاصب ويغرم قيمتها استدلالاً برواية عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة بن أبي موسى رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَارَ قَوْماً مِنَ الأَنْصَارِ فَقَدَّمُوا إِلَيهِ شَاةً مَصْلِيَّةً فَأَكَلَ مِنْهَا لُقْمَةً فَلَمْ يَصِغْهَا فَقَالَ مَالِي لاَ أُصِيغُهَا إِنَّ لَهَا لَشَأْناً أَوْ قَالَ خَبَراً قَالُوا يَارَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَخَذْنَاهَا مِنْ بَنِي فُلاَنٍ وَإِنَّهُمْ إِذَا وَافُوا رَاضَينَاهُمْ فَقَالَ ﷺ أَطْعِمُوهَا الأَسَارَى[1] فجعل لهم تملكها بالعمل لأنه أمرهم بإطعامها للأسارى ولو لم يملكوها لمنعهم.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لاَيَحِلُّ لأَحَدٍ مِنْكُمْ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْءٌ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسِهِ» فَقَالَ لَهُ عَمرُو بْنُ يثربي يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ إِنْ لَقَيتُ غَنَماً لابن عَمِّي أَخَذْتُ مِنْهَا شَاةً قَالَ إِنْ لَقَيتَهَا نَعْجَةً تَحْمِلُ شَفْرَةً وَزِنَاداً بِخَبْتِ الْجَمِيش فَلاَ تَهِجْهَا[2].

الجميش صحراء بين مكة والحجاز قليلة الساكن يريد إن لقيتها بهذا الموضع المهلك ومعها شفرة وهي السكين وزناد، وهي المقدحة تعرض لها. فأما الخبر الذي استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنهم من غير ثمن مقدر ويحتمل أن يكون لتعذر مستحقيه عن استبقاء الطعام لهم فأمرهم بذلك حفظاً لقيمته على أربابه.

فصل: وإذا غصب مجوسي شاة فذبحها ضمن جميع قيمتها لأنها ميتة يحرم أكلها وثمنها والمغصوب منه أحق بجلدها وإن أخذ القيمة لأنها من عين ماله فإن غلبه عليه إنسان فدبغه ففيه وجهان: .

أحدهما: يكون لربه.

والثاني: يكون لدابغه فلو اشترك مسلم ومجوسي في ذبح شاة مغصوبة ضمن المجوسي نصف قيمتها لأنه أحد الذابحين وضمن المسلم نصف نقصها لو لم يكن المشارك له في الذبح مجوسياً.

مثاله: أن تكون قيمة الشاة عشرين درهماً ولو ذبحها مسلم صارت قيمتها عشرة فيضمن المسلم خمسة والمجوسي عشرة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٣٥) وعنه البيهقي في السنن ٥/٣٣٥ وانظر نصب الراية ٤/١٦٨.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٥/١١٣ والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٩٧.

فصل: ولو غصب رجلاً عصيراً فصار في يده خلاً رجع به المغصوب منه وبنقص إن حدث في قيمته ولو صار العصير خمراً رجع على الغاصب بقيمته عصيراً لأن الخمر لا قيمة له وهل له أخذ الخمر أم لا؟ على وجهين: .

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أنه ليس له أخذه لوجوب إراقته وإتلافه.

والوجه الثاني: له أخذه لأنه قد ينتفع بإراقته في طين أو سقي حيوان فلو صار الخمر في يد الغاصب خلا رجع به المغصوب منه، وفي رجوعه عليه بالقيمة وجهان: كنقص المرض إذا زال.

أحدهما: يرجع بالقيمة لوجوبها.

والثاني: لا يرجع عليه لعدم استقرارها تخريجاً من اختلاف قوليه فيمن قلع سناً من ثغر فغرم ديتها ثم عادت.

فصل: ولو غصب منه تمراً فعمله دبساً أو سمسماً فعصره شيرجاً أو زيتوناً فاعتصره زيتاً، فللمغصوب منه أن يأخذ ذلك كله ويرجع بنقص إن حدث فيه فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشيء المغصوب منه من أحد أمرين:

أحدهما: إما أن يكون له مثل أو مما لا مثل له. فإن كان مما لا مثل له كالتمر اللصيق المكنوز بالبصرة رجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لأنه عين ماله ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره لأن أجزاء المغصوب أخص من قيمته وإن كان مما له مثل كالسمسم فعلى وجهين:

أحدهما: أنه بمثابة ما لا مثل له في استرجاع ما استخرج منه تعليلاً بما ذكرناه.

والوجه الثاني: أن المغصوب منه يستحق المطالبة بمثل الأصل لأنه أشبه بالمغصوب من أجزائه فلو استهلك ما قد استخرجه من المغصوب فهو على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الأصل مما ليس له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل كالتمر المكنوز إذا استخرج دبسه بالماء فكل واحد من التمر والدبس غير ذي مثل فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمراً أو دبساً.

والضرب الثاني: أن يكون الأصل مما له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل كالحنطة إذا طحنها دقيقاً فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق لأن ذي المثل أولى من قيمته فإن كانت الحنطة بعد الطحن قد زادت قيمتها

دقيقاً على قيمتها حباً استحق المغصوب منه أن يرجع على الغاصب بعد أخذ المثل بقدر الزيادة في الدقيق كما لو غصب منه جارية فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن ضمن نقص السمن الحادث في يده مع بقاء العين فلأن يضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى.

والضرب الثالث: أن يكون الأصل بما ليس له مثل والمستخرج منه مما له مثل كالزيتون إذا اعتصره زيتاً لأن للزيت مثل وليس للزيتون مثل فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج وبنقص إن حدث في الزيتون لأنه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الأصل لتقديم المثل على القيمة.

والضرب الرابع: أن يكون الأصل مما له مثل والمستخرج منه مما له مثل كالسمسم إذا اعتصره شيرجاً لأن كل واحد من السمسم والشيرج مثل فيكون للمغصوب منه الخيار في الرجوع بمثل أيهما شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحد منهما بعد الغصب فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمناً من الشيرج فأراد نقصه لم يجز وقيل إن رضيت به وإلا فاعدل عنه إلى الشيرج ولا أرش لك لأن عين مالك مستهلك ولكل حقك مثل فلا معنى لأخذ الأصل مع الأرش مع استحقاقك لمثل لا يدخله أرش.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ غَصَبَهُ ثَوْباً وَزَعْفَرَاناً فَصَبَغَهُ بِهِ فَرَبُّهُ بِالْخَيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ قَوَّمَهُ أَبْيَضَ وَزَعْفَرَانَهُ صَحِيحاً وَضَمِنَهُ قِيمَةَ مَا نَقَصَ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى من أقسام الغاصب ثوباً إذا صبغه، وسنذكر الآن لتكرارها ما حضر من الزيادة فيها فإذا غصب ثوباً وزعفراناً وصبغه به نظر، فإن رضي المغصوب منه بأخذه مصبوغاً من غير تقويم فذاك له وإن طلب استيفاء حقه وجب تقويم الثوب أبيض وتقويم الزعفران صحيحاً، فأما الثوب فيعتبر قيمته وقت الصبغ وأما الزعفران فتعتبر قيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى وقت الصبغ والفرق بينهما أن الزعفران مستهلك في الصبغ فاعتبر بأكثر قيمته في السوق لأن زيادة السوق مع الاستهلاك مضمونة، والثوب غير مستهلك فلم يعتبر أكثر ما كان قيمة لأن زيادة السوق مع بقاء العين غير مضمونة فإذا قيل قيمة الثوب عند الصبغ عشرة وقيمة الزعفران في أكثر أحواله إلى وقت الصبغ عشرة فصار المضمون على الغاصب من القيمتين عشرين درهماً فتعتبر حينئذ قيمة الثوب مصبوغاً عند أخذه من الغاصب إذا كانت السوق فيها على الحال المعتبرة في تقويمها على الغاصب لم تزد ولم تنقص فإن زادت السوق لم تعتبر الزيادة لدخول الضرر بها على المغصوب منه وإن نقصت السوق لم يعتبر النقصان لدخول الضرر به على الغاصب فإذا قوم مصبوغاً على ما وصفنا فإن كانت قيمته عشرين درهماً فصاعداً أخذه المغصوب منه بزيادته

التي لا حق للغاصب فيها، وإن كانت قيمته أقل من عشرين درهماً رجع على الغاصب بعد أخذه بقدر نقصه فلو قال الغاصب أذنت لي في صبغه وأنكر المغصوب منه فالقول قول المغصوب منه مع يمبنه ويرجع على الغاصب بقدر النقص فلو قال أذنت لك ثم رجعت في الإذن قبل صبغك. وقال الغاصب بل كنت إلى حين الصبغ على إذنك ففيه وجهان ذكرناهما في الرهن:

أحدهما: أن القول قول المغصوب منه.

والثاني: القول قول الغاصب. فأما إن اختلفا في الصبغ فقال المغصوب منه هو لي وقال الغاصب بل هو لي. فإن كان الصبغ مما يمكن استخراجه فالقول فيه قول الغاصب مع يمينه لأجل يده وإن كان مما لا يمكن استخراجه فالقول فيه قول المغصوب منه مع يمينه لأنه قد صار مستهلك في الثوب فجرى مجرى أجزائه. فأما صباغ الثوب بالأجر إذا اختلف هو ورب الثوب في الصبغ فقال رب الثوب الصبغ لي وقال الصباغ الصبغ لي فإن كان الصباغ أجيراً منفرداً فالقول قول رب الثوب في الصبغ وإن كان أجيراً مشتركاً فالقول قول الصباغ. والفرق بينهما أن اليد في الأجير المنفرد لرب الثوب وفي المشترك للأجير.

فصل: قصر الثوب بعد الغصب وغسله

فلو غصب ثوباً فغسله أو قصره رده مغسولاً ومقصوراً ولا شيء له في زيادة الغسل والقصارة ولو نقص بهما ضمن النقصان والفرق بين المفلس حين يكون شريكاً في زيادة القصارة على أحد القولين وبين الغاصب وإن كان بعض أصحابنا غلط فسوى بينهما، هو أن زيادة القصارة بالعمل والغاصب متعد بعمله فلم يملك الزيادة به، والمفلس غير متعد بعمله فملك الزيادة به والله أعلم.

فصل: تقطيع الثوب المغصوب قميصاً

ولو غصب ثوباً فقطعه قميصاً فإن لم يخطه فربه أحق به ويرجع بأرش نقصه وقال أبو يوسف ربه بالخيار بين أن يأخذه ولا شيء له وبين أن يدعه على الغاصب بأخذ قيمته.

وقال محمد بن الحسن إنه بالخيار بين أن يأخذه وما نقص وبين أن يدعه على الغاصب ويأخذ قيمته، وفيما مضى من الدلائل في أمثال هذا كاف، وإذا كان كذلك فلا يخلو أن تكون خيوط الخياطة لرب الثوب أو للغاصب أو لأجنبي فإن كانت لرب الثوب أخذه مخيطاً فإن طالب الغاصب بنقص الخيوط منه وفتق الخياطة فإن كان له فيه غرض صحيح أجبر القاطع عليه، ثم على دفع ما حدث من نقص، وإن لم يكن فيه غرض فعلى ما ذكرنا من الوجهين، وإن كانت للغاصب فأراد استخراجها من الثوب فله ذاك وضمن ما نقص

بالاستخراج وإن تركه فرضي رب الثوب بتركه فله ذاك فإن طلب فتقه واستخراج خيوطه فإن كان لغرض صحيح أخذ الغاصب به، وإن لم يكن لغرض صحيح فعلى وجهين، وإن كانت الخيوط لأجنبي فله أن يأخذ الغاصب باستخراجها ويضمن له ما نقصها ويضمن لرب الثوب ما نقص من الثوب، وهكذا لو غصب ثوباً فطرزه أو رفاه كان القول في الطراز والرفو كالقول في الخياطة سواء. والله أعلم.

فصل: وإذا غصب من رجل دقيقاً وعسلاً ودهناً وعصده عصيداً أخذه المالك معقوداً فإن كان قيمته حينئذ بقيمة المقدرات المغصوبة منه فصاعداً مثل أن تكون قيمة الدقيق درهماً وقيمة الدهن درهمين وقيمة العسل خمسة دراهم فتكون قيمة العصيدة ثمانية دراهم فصاعداً أخذه المغصوب منه ولا شيء له على الغاصب ولا شيء للغاصب في زيادة إن كانت بعمله وإن نقصت قيمته معصوداً فكان خمسة دراهم أخذها ورجع على الغاصب بثلاثة دراهم قدر نقصه فلو ترك المغصوب منه العصيد على الغاصب وطالب الغاصب بالبدل عن إفراد ما غصب منه لم يخل حال ذلك من ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن تكون جميعاً مما لا مثل له.

والثاني: أن تكون جميعها مما له مثل.

والثالث: أن يكون بعضها مما له مثل وبعضها مما لا مثل له فإن كان جميع المغصوب منه لا مثل له فليس له المطالبة بقيمتها مع بقاء أعيانها ويسترجعها ونقصها. وإن كان جميعها مما له مثل فعلى وجهين ذكرنا توجيههما، وإن كان لبعضها مثل وبعضها لا مثل له فليس له في الجمع بدل، ويأخذ أعيان ماله مع النقص لأن ما لا مثل له لا يستحق بدله وليس يمتاز عما له مثل فأجبر على أخذ جميعه دون المثل والقيمة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ**: «وَلَوْ كَانَ لَوْحاً فَأَدْخَلَهُ فِي سَفِينَةٍ أَوْ بَنَى عَلَيْهِ جِدَاراً أُخِذَ بِقَلْعِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا غصب لوحاً فبنى عليه سفينة أو داراً أخذ بهدم بنائه ورد اللوح بعينه وبه قال مالك وأهل الحرمين وقال أبو حنيفة وأهل العراق يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء استدلالاً بقول النبي ﷺ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فمن ضار أضر الله به ومن شاق شق الله عليه.

وفي أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به، وبقوله ﷺ: «يَسِّرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا إِنِّي بُعِثْتُ بِالحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ[1].

---

(١) أخرجه البغوي في شرح السنة ٤٧/٤ (بتحقيقنا) وأبو نعيم في تاريخ أصفهان ٣٣٦/١ وأخرجه البخاري معلقاً ١١٦/١ كتاب الإيمان (٣٩).

وفي أخذ القيمة منه فيه تيسير قد أمر به وفي هدم بنائه تعسير قد نهى عنه. قالوا ولأنه مغصوب يستضر برده فلم يجبر عليه كالخيط إذا خاط به جرح حيوان قالوا ولأنه مغصوب لا يمكنه رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب. ودليلنا قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّي». فلزمها رد اللوح لأخذه. وروى عبد الله بن سعيد عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسِهِ» وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم، وهذا خبر ظاهر كالنص. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدًا وَمَقَالًا» ولأن كل مغصوب جاز رده وجب عليه رده كالذي لم يبن عليه فرداً والخيط في جرح الحيوان عكساً ولأنه شغل المغصوب بما لا حرمة له فوجب أن يلزمه أرضه كما لو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها. ولأن كل ما لو احتاج ابتدأ إليه لم يجبر مالكه عليه وجب إذا غصب أن يجبر على رده إليه كالأرض طرداً والخيط لجرح الحيوان عكساً، ولأن دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغصوب كما لو حلف بعتق عبده ألا يرد المغصوب فأما الجواب عن قوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» فهو أنه مشترك الدليل لأن في منع المالك منه إضرار به فكان دخول الضرر به على الغاصب ورفعه عن المغصوب منه أولى من دخوله على المغصوب منه في تيسير أمره ورفعه عن الغاصب وأما الجواب عن قوله ﷺ: «يَسِّرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا» فمن وجهين:

أحدهما: أنه يستعمل في المغصوب منه في تيسير أمره برد ماله فيكون أولى من استعماله في الغاصب في تمليك غير مالكه.

والثاني: أن التيسير في غير العصاة. والغاصب عاصي لا يجوز التيسير عليه لما فيه من الذريعة إلى استدامة المعصية. وأما الجواب عن قياسهم على الخيط في جرح الحيوان فمن وجهين: أحدهما: معارضة الأصل بأن المعنى في الخيط أنه ليس له رده فلم يجب عليه رده وفي اللوح له رده.

والثاني: المعاوضة في الأصل بأن المعنى في الخيط أنه لو احتاج ابتداء إليه أجبر المالك عليه فلم يجبر على رده إليه وليس كذلك في الفرع، وهذا إن سلموا من دخول النقص عليهم بالأرض إذا بنى فيها بأن قالوا: ليست الأرض عندنا مغصوبة.

وأما الجواب عن قياسهم إذا كان فيها مال لغير الغاصب فهو أن استرجاع اللوح واجب وإنما يستحق لحفظ المال للغير بالصبر حتى تصل السفينة إلى الشط.

فصل: فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغصوب واجب فسواء كان البناء قليلاً أو كثيراً وسواء كانت قيمة اللوح قليلة أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهم وقيمة البناء ألف درهم

أخذ بقلعه حتى يخلص اللوح لربه إلا أن يراضيه على أخذ ثمنه ثم إذا استرجع اللوح لزمه أجرة مثله إن كانت له أجرة وأرض نقصه إن حدث فيه نقص فلو كان المغصوب حجراً فبنى عليه منارة مسجد أخذ بنقض المنارة لرد الحجر ثم عليه غرم نقض المنارة للمسجد وإن كان هو المتطوع ببنائها لخروج ذلك عن ملكه، فأما إن كان اللوح قد بنى عليه سفينة فإن كانت السفينة على الشط أو بقربه هدمت لأخذ اللوح منها حتى يصل اللوح إلى ربه وإن كانت سائرة في البحر فإن كان اللوح في أعلاها بمكان لا يهلك ما في السفينة بأخذه أخذ منها وإن كان في أسفلها فإن أخذ منها هلكت وما فيها نظر، فإن كان فيها حيوان لم يجز أن يقلع حراسة لنفوسهم سواء كانوا آدميين أو بهائم وسواء كانت البهائم للغاصب أو لغيره لأن للحيوان حرمتين حرمة نفسه وحرمة صاحبه وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال نظر فإن كان لغير الغاصب لم يجز أخذ اللوح منها لما في أخذه من إتلاف مال له حرمة في الحفظ والحراسة وإن كان للغاصب ففيه وجهان:

أحدهما: يؤخذ اللوح منها وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمته بتعدي مالكه كما يذهب ماله في هدم بنائه.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز أن يؤخذ منها لأنه قد يمكن أخذه بعد الوصول إلى الشط من غير استهلاك ما فيها من مال وليس كالبناء الذي لا يقدر على اللوح إلا بعد استهلاكه فعلى هذا يقال لرب اللوح أنت بالخيار بين أن تصبر باللوح حتى تصل السفينة إلى الشط فتأخذ لوحك وبين أن تأخذ في الموضع قيمة لوحك، فلو اختلطت السفينة التي دخل اللوح في بنائها بعشر سفن للغاصب ولم يصل إليه إلا بهدم جميعها ففيه وجهان:

أحدهما: يهدم جميعها حتى يصل إليه كما يهدم جميع السفينة الواحدة حتى يصل إليه.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز هدم شيء منها إلا أن يتعين اللوح فيها لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه هدم شيء منها إلا أن يتعين اللوح فيه لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال لا يتعين التعدي فيه.

فصل: ولو عمل اللوح المغصوب باباً أو بناه سفينة أو غصب حديداً فعمله درعاً لم يملكه في هذه الأحوال كلها. وجعله أبو حنيفة مالكاً لذلك بعمله وذلك من أقوى الذرائع في الإقدام على المغصوب وإذا لم يملك الأرض المغصوبة ببنائه ويغرسه فيها والأرض عندهم غير مغصوبة فلأن لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى وإذا كان كذلك

فللمغصوب منه استرجاعه منه معمولاً ولا شيء للغاصب في عمله إلا أن يكون له أعيان مزالة فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَوْ خَيْطاً خَاطَ بِهِ ثَوْبَهُ فَإِنْ خَاطَ بِهِ جُرْحَ إِنْسَانٍ أَوْ حَيَوَانٍ ضَمِنَ الْخَيْطَ وَلَمْ يَنْزِعْ».

قال الماوردي: وصورتها فيمن غصب خيطاً فخاط به شيئاً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكه وأرش نقصه إن نقص.

والضرب الثاني: أن يكون قد خاط به حيواناً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الحيوان ميتاً عند المطالبة بالخيط فينظر فإن كان الحيوان مما لا حرمة له بعد موته كالبهيمة نزع الخيط منه ورده على مالكه وإن كان مما له حرمة كالآدمي نظر فإن لم يفحش حاله بعد نزع الخيط منه نزع وإن فحش لم ينزع لقوله ﷺ: «حُرْمَةُ ابْنِ آدَمَ بَعْدَ مَوْتِهِ كَحُرْمَتِهِ فِي حَيَاتِهِ».

والضرب الثاني: أن يكون حياً فعلى ضربين: أحدهما أن يكون مباح النفس من آدمي أو بهيمة كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيؤخذ بنزعه لأنه مما لا حرمة لحفاظ نفسه ثم يغرم بعد نزعه أرش نقصه.

والضرب الثاني: أن يكون محظور النفس فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون آدمياً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يخاف من نزعه التلف فيقر الخيط ولا ينزع سواء كان الغاصب أو غيره لما يلزم من حراسة نفسه بعد غصبه، فأولى أن يجبر على تركه فعلى هذا يغرم قيمته.

والضرب الثاني: أن يأمن التلف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأمن الضرر وشدة الألم فهذا ينزع منه ويرد على مالكه مع أرش نقصه.

والضرب الثاني: أن يخاف ضرر أو شدة ألم وتطاول مرض ففيه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في تيمم المريض إذا خاف تطاول المرض وشدة الألم.

أحدهما: ينزع إذا قيل لا يتيمم.

والثاني: يقر إذا قيل يتيمم. والضرب الثاني: في الأصل. أن يكون الحيوان غير ادمي فعلى ضربين: أحدهما: أن يكون غير مأكول كالبغل والحمار فعلى ضربين:

أحدهما: أن يؤمن تلفها فينزع الخيط.

والثاني: أن يخاف تلفها فيقر لحرمة نفسها التي لا يجوز انتهاكها بتعدي مالكها.

والضرب الثاني: أن يكون الحيوان مأكولاً كالشاة والبعير فإن أمن تلفها بنزعه نزع وإن خيف تلفها ففيه قولان:

أحدهما: رواه الربيع تذبح لينزع الخيط منها لأنه قد يوصل إلى أخذه على وجه مباح.

والقول الثاني: رواه المزني وحرملة أنه يقر الخيط ولا ينزع ويؤخذ الغاصب بقيمته لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَبْحِ الْبَهَائِمِ إِلَّا لِمَأْكَلَةٍ وقال ﷺ مَنْ ذَبَحَ عُصْفُوراً بِغَيْرِ حَقِّهَا حُوسِبَ بِهَا قِيلَ وَمَا حَقُّهَا قَالَ أَنْ يَذْبَحْهَا لِغَيْرِ مَأْكَلَةٍ[1].

فصل: وإذا مرت بهيمة رجل في سوق فابتلعت جوهرة رجل لم يخل حال البهيمة من أن يكون معها مالكها أو لا، فإن لم يكن معها فلا ضمان عليه في الجوهرة لأنه غير ضامن لما جنته فلو سأله صاحب الجوهرة بيع البهيمة ليتوصل منها إلى أخذ الجوهرة أو يصيرا معاً في ملكه لم يجبر المالك على البيع.

وقال أبو حنيفة: إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها وإن كانت قيمة الجوهرة أقل لم يجبر وهذا فاسد استدلالاً بقياسين:

أحدهما: أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر قياساً على كسرها إناء أو أكلها طعام.

والثاني: أن ما لا يستحق تملكه مع تلف الشيء لم يستحق تملكه مع بقائه قياساً على ما قيمته أقل وإن كان صاحبها معها كان ضامناً لها سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً، وقال أبو علي بن أبي هريرة إن كانت البهيمة بعيراً ضمن وإن كانت شاة لم يضمن وفرق بينهما بأن العرف في البعير النفور فلزم منعه ومراعاته والعرف في الشاة السكون فلم يلزم منعها ومراعاتها، وهذا خطأ لأن سقوط مراعاة الشاة إنما كان لأن المعهود منها السلامة فإن أفضت إلى غير السلامة لزم الضمان كما أبيح للرجل ضرب زوجته وللمعلم ضرب الصبي لأن عاقبته السلامة فإن أفضى الضرب بها إلى التلف ضمنا فإذا ثبت أن ذلك مضمون عليه نظر في البهيمة فإن كانت غير مأكولة لزمه غرم القيمة لتحريم ذبحها وتعذر الوصول إليها وإن كانت مأكولة فعلى ما مضى من القولين:

أحدهما: تذبح عليه وتؤخذ الجوهرة من جوفها.

والثاني: لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة. فعلى هذا لو ماتت البهيمة أو ذبحها

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ١٩٧/٢.

لمأكلة فوصل إلى الجوهرة رجع بها المالك ورد ما أخذه من القيمة كما لو أخذ قيمة آبق ثم وجده والفرق بين هذا وبين أن يأخذ قيمة ماله مثل عند عدم المثل ثم يجد المثل فيستقر ملكه على القيمة ولا يرجع بالمثل وكذا لو سافر عن عبد غصبه بالبصرة فالتقى بمالكه بمكة فأخذ منه قيمة العبد بالبصرة ثم قدما إلى البصرة بعد أخذ القيمة استقر ملكه على القيمة ولا يرجع بالعبد هو أن جواز اتفاقهما على ذبح البهيمة لأخذ ما فيها من الجوهرة حرام فكان أخذ القيمة ضرورة فإذا حصلت الجوهرة زالت الضرورة وليس كذلك إذا اتفقا على القدوم إلى البلد الذي فيه المغصوب والصبر على أن يأتي بمثل ذي المثل فيجوز ولا يحرم فلم يكن فيه ضرورة يعتبر زوالها في الرجوع فصار أخذ القيمة في أربعة مواضع يرجع في موضعين منها بالأصل عند القدرة وهي الآبق إذا ظهر، والعدول إلى المغصوب بعد أخذ القيمة. ولا يرجع في موضعين منها بالأصل عند القدرة عليه وهما: المثل إذا وجد بعد أخذ القيمة، والقدوم إلى بلد المغصوب الباقي بعد أخذ القيمة.

فصل: وإذا تبايعا بهيمة وابتلعت ثمنها فهذا على ضربين: **أحدهما**: أن يكون ذلك بعد قبض الثمن فالبيع صحيح سواء كان الثمن معيناً أو في الذمة أبرأه المشتري منه بالدفع ثم ينظر في البهيمة فإن كانت في يد البائع فالثمن غير مضمون لأن ما جنته في يده مضمون عليه والثمن ملك له وعليه تسليم البهيمة فإن قدر على الثمن بموت أو بذبح اختاره المشتري لمأكله رد على البائع وإن كانت البهيمة في يد المشتري فالثمن مضمون عليه للبائع فإن كانت غير مأكولة غرم مثله وإن كانت مأكولة فهل تذبح لأخذ الثمن منها أم لا على ما مضى من القولين.

والضرب الثاني: أن تبتلع الثمن قبل قبضه. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في الذمة لم يتعين بالعقد فالبيع لا يبطل وهو باق في ذمة المشتري ثم ينظر فإن كانت البهيمة عند ذلك في يد المشتري فما ابتلعه غير مضمون على واحد منهما أما البائع فلزوال يده بالتسليم وأما المشتري فلأنه ماله وجناية البهيمة من ضمانه وإن كانت في يد البائع فهو مضمون عليه فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل لزمه غرم مثله فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله يتقاصانه وإن كانت البهيمة مأكولة فهل تذبح أم لا على القولين فإن قيل لا تذبح لزم غرم مثل الثمن وتقصاه ولا خيار للمشتري في فسخ البيع وإن قيل تذبح لم يجز أن يتقصاه لأن وجود عينه يمنع من استقراره في ذمة البائع والعين لا تكون قصاصاً من الذمة فعلى هذا يستحق المشتري الخيار في فسخ البيع لأن ذبح البهيمة قد استحق في يد البائع وذلك عيب حادث وهو مضمون عليه فلأجله ما استحق المشتري خياراً به، وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب.

والضرب الثاني: أن يكون الثمن معيناً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون البهيمة غير مأكولة فالبيع باطل لأن تلف الثمن المعين قبل قبضه مبطل للبيع وهو متعذر القدرة عليه كالتالف ثم ينظر فإن كانت البهيمة في يد المشتري فهو تالف من ماله والبائع غير ضامن له وعلى المشتري رد البهيمة على البائع فإن قدر على الثمن بموتها رد على المشتري وإن كانت البهيمة في يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله.

والضرب الثاني: أن تكون البهيمة مأكولة ففي بطلان البيع قولان بناء على اختلاف قوليه في ذبحها فيما ابتلعته فإن قيل لا تذبح فالبيع باطل لتلف الثمن المعين فيه ويكون الضمان على ما ذكرنا من أنها إن كانت في يد المشتري فلا ضمان، وإن كانت في يد البائع فعليه الضمان. وإن قيل تذبح فالبيع لا يبطل لأن الثمن المعين مقدور عليه، ثم ينظر، فإن كانت البهيمة في يد المشتري ذبحت ودفع الثمن إلى البائع ولا خيار للمشتري في فسخ البيع لأنه عيب حدث في يده وإن كانت في يد البائع ذبحت وكان للمشتري الخيار في فسخ البيع بحدوث العيب في يد البائع. فإن كف البائع عن ذبحها لم يسقط خيار المشتري لأنه لو طالب به من بعد لا يستحقه ولو أبرأ المشتري منه لم يجز لأن البراءة من الأعيان لا تصح ولو وهبه لم يجز لأنها هبة ما لم يقبض وخيار المشتري في الأحوال كلها على حاله.

فصل: وإذا مرت بهيمة رجل بقدر باقلاني فأدخلت رأسها فيه ولم يخرج إلا بكسر القدر أو ذبح البهيمة فلا يخلو حالها من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون صاحب القدر متعدياً في وضعها في غير حق وصاحب البهيمة غير متعد فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمة ويكون كسرها هدراً لتعديه بها.

والقسم الثاني: أن يكون صاحب البهيمة متعدياً لإدخالها في غير حق وصاحب القدر غير متعد فيكون تخليص البهيمة مضموناً على صاحبها لتعديه بها فإن كانت مما لا تؤكل كسرت القدر لأن لنفس البهيمة حرمة في حراستها ثم كسر القدر مضمون على صاحبها وإن كانت مما تؤكل فعلى قولين بناء على جواز ذبحها في تخليص ما جنته:

أحدهما: تذبح ويخرج رأسها من القدر ولا يجوز كسرها.

والقول الثاني: لا يجوز ذبحها وتكسر القدر لتخليص رأسها ثم يضمن أرش كسرها.

والقسم الثالث: أن يكون كل واحد منهما غير متعد فالتخليص مضمون على صاحب البهيمة لا بالتعدي لأنه لم يكن متعدياً ولكن يريد استصلاح ملكه به فضمن مؤنة استصلاحه، فإن لم تكن البهيمة مأكولة كسرت القدر وضمن كسرها وإن كانت مأكولة فعلى قولين:

أحدهما: تذبح البهيمة ولا تكسر القدر.

والثاني: تكسر القدر ويضمن الكسر.

والقسم الرابع: أن يكون كل واحد منهما متعدياً فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما في التعدي كالمتصادمين. فإن كانت البهيمة غير مأكولة كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وكان النصف الباقي هدراً. وإن كانت مأكولة فإن قيل لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة كسر القدر لا ضمان نصف كسرها. وإن قيل يجوز ذبحها فتنازعا فقال صاحب البهيمة تكسر القدر لأضمن نصف كسرهاوقال صاحب القدر بل تذبح البهيمة لأضمن نصف النقص في ذبحها نظر البادىء منهما بطلب التخليص فجعل ذلك في جنبته فإن بدأ به صاحب البهيمة أجبر على ذبحها ورجع نصف نقصها، وإن بدأ به صاحب القدر أجبر على كسرها ورجع بنصف نقصها فإن كانا ممسكين عن النزاع حتى تطاول بهما الزمان أجبر صاحب البهيمة على ذلك لأن عليه خلاص بهيمته لأنها نفس يحرم تعديتها وليس على صاحب القدر خلاص قدره إلا إذا شاء. وإن كانت البهيمة لا يوصل إلى منحرها لدخوله في القدر فلا يكون عقرها ذكاة لها لأنه قد يصل إلى منحرها بكسر القدر وإذا كان كذلك وجب كسر القدر لأن عقر البهيمة لغير الذكاة حرام. ثم يضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وهكذا القول في فصيل دخل داراً فكبر فيها حتى لم يقدر على الخروج من بابها إلا بهدمه أو أترجة من شجرة دخلت في إناء كبرت فيه فلم تخرج إلا بكسره.

مسألة: من غصب طعاماً فأطعمه من أكله ثم استحق

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ غَصَبَ طَعَاماً فَأَطْعَمَهُ مَنْ أَكَلَهُ ثُمَّ اسْتُحِقَّ كَانَ لِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذُ الْغَاصِبِ بِهِ فَإِنْ غَرِمَهُ فَلَا شَيْءَ لِلْوَاهِبِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْهُوبُ لَهُ فَإِنْ غَرِمَهُ فَقَدْ قِيلَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْوَاهِبِ وَقِيلَ لَا يَرْجِعُ بِهِ (قَال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ إِنَّ هِبَةَ الْغَاصِبِ لَا مَعْنَى لَهَا وَقَدْ أَتْلَفَ الْمَوْهُوبَ لَهُ مَا لَيْسَ لَهُ وَلَا لِلْوَاهِبِ فَعَلَيْهِ غُرْمُهُ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ فَإِنْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ هَذَا عِنْدِي أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ».

قال الماوردي: اعلم بأن هذه المسألة تشتمل على قسمين يتضمن كل واحد منهما ثلاثة فصول: فأما القسم الأول وهو المسطور منها فمصور في من غصب طعاماً فأطعمه غيره ففيه ثلاثة فصول:

أحدها: أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له. والثاني: أن يأذن له في أكله من غير هبته.

والثالث: أن يطعمه عبد غيره أو بهيمته.

فأما الفصل الأول من الفصول الثلاثة وهو أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له فرب الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الغاصب لتعديه بأخذه، وبين أن يرجع على الموهوب له لاستهلاكه بيده، فإن رجع به على الموهوب له فأغرمه إياه لم يخل حاله من أن يكون قد علم بأنه مغصوب أو لم يعلم بأنه مغصوب لم يرجع بغرمه على الغاصب لأنه قد صار بعلمه كالغاصب وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه على الغاصب بما يغرمه قولان:

أحدهما: أنه يرجع به على الغاصب لأنه غار له في إيجاب الغرم.

والقول الثاني: أنه لا يرجع على الغاصب لبطلان هبته فصار كاستهلاكه إياه من غير هبته وإذا رجع المالك بغرمه على الغاصب الواهب فإن كان الموهوب له عالماً بأنه مغصوب رجع على الغاصب عليه بما غرم وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه بالغرم على الموهوب له قولان:

أحدهما: لا يرجع به لأنه غار وهذا على القول الذي يقول إن الموهوب له يرجع على الغاصب الغار.

والقول الثاني: إنه يرجع على الموهوب له بالغرم لأنه متلف وهذا على القول الذي يقول إن الموهوب له لا يرجع لأنه متلف. فلو اختلف الغاصب والموهوب له في علمه بكون الطعام مغصوباً فادعى الغاصب علمه ليكون مضموناً عليه، وأنكر الموهوب له العلم نظر فإن قال له الغاصب أعلمتك عند الهبة أنه مغصوب فالقول قول الغاصب وإن قال علمت من غيري فالقول قول الموهوب له والفرق بينهما أنه إذا ادعى إعلامه بنفسه فقد أنكر عقد البهيمة على الصحة فقبل قوله وليس كادعائه عليه.

وأما الفصل الثاني: وهو أن يأذن له في أكله فيأكله من غير هبة وإقباض فإن علم الآكل بأنه مغصوب فهو مضمون عليه وربه بالخيار بين أن يرجع به على الآكل فيغرمه ولا يرجع الآكل به على الغاصب، وبين أن يرجع به على الغاصب فيغرمه ويرجع الغاصب به على الآكل، وإن لم يعلم بأنه مغصوب فربه أيضاً بالخيار في إغرام أيهما شاء فإن غرم الآكل فقد اختلف أصحابنا فذهب البغداديون إلى أن في رجوعه بالغرم على الغاصب قولين كما لو استهلكه من غير هبته، وذهب البصريون إلى أنه يرجع به قولاً واحداً والفرق بين الآكل والموهوب له أن استهلاك الآكل بإذن الغاصب فرجع عليه واستهلاك الموهوب له بغير إذن الغاصب فلم يرجع عليه فإن غرم المالك الغاصب فعلى مذهب البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين وعلى مذهب البصريين لا يرجع به قولاً واحداً.

وأما الفصل الثالث: وهو أن يطعمه بهيمة لرجل أو عبد. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك بغير أمر مالك البهيمة والعبد فهو مضمون على الغاصب وحده يرجع به المالك على الغاصب ولا يرجع على مالك البهيمة والعبد فإن أعسر به الغاصب فلا شيء له في رقبة البهيمة والعبد ولا على مالكهما لأن المتلف هو الغاصب دونهما وإن كان إطعامهما ذلك بأمر مالكيهما نظر فإن علم عند أمره بأنه مغصوب فهو مضمون عليه ومالك الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الآمر فيغرمه ولا يرجع به الآمر على الغاصب وبين أن يرجع به على الغاصب فيغرمه ويرجع به الغاصب على الآمر، وإن لم يعلم الآمر بأنه مغصوب نظر فإن سلمه وتولى هو إطعام البهيمة والعبد ذلك كان في حكم الموهوب له وإن لم يسلمه إليه كان في حكم الأصل فهذا أحد القسمين.

فصل: وأما القسم الثاني: فمصور في هذه الفصول الثلاثة إذا كانت في رب الطعام.

فالفصل الأول: إذا وهب الغاصب الطعام لمالكه فإن علم عند الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه على الغاصب وإن لم يعلم به فعلى قولين:

أحدهما: يرجع به إذا قيل إن للأجنبي الموهوب له إذا غرمه رجع.

والقول الثاني: لا يرجع به إذا قيل إن الأجنبي بعد الغرم لا يرجع.

والفصل الثاني: أن يأذن الغاصب لرب الطعام في أكله فإن علم به حين أكله لم يرجع بغرمه وإن لم يعلم به فعلى قول البغداديين يكون رجوعه على قولين، وعلى قول البصريين يرجع به قولاً واحداً على حسب اختلافهم في الآكل الأجنبي.

والفصل الثالث: أن يطعمه عبد رب الطعام أو بهيمته. فإن كان عن غير أمره رجع عليه بغرمه، وإن كان بأمره فإن علم لم يرجع وإن لم يعلم رجع فإن دفعه إليه كان رجوعه على قولين كما لو وهبه له وإن لم يدفعه إليه كان على اختلاف المذهبين كما لو أطعمه إياه وأما المزني فإنه اختار من القولين في الموهوب له إن أغرمه لا يرجع بالغرم على الغاصب ويرجع الغاصب إذا أغرمه على الموهوب له استدلالاً بما ذكرناه توجيهاً له وهو لعمري أظهر القولين، ولمن اختار الآخر أن ينفصل عنه بما ذكرناه توجيهاً له من الغرور.

فصل: ولو أن غاصب الطعام باعه على مالكه المغصوب منه وهو يعلم به أو لا يعلم فتلف في يده بعد قبضه بإتلافه أو بغير إتلافه فهو بريء من ثمنه والغاصب بريء من ضمانه قولاً واحداً لأنه قبضه بالابتياع من حين الضمان بخلاف الهبة وهكذا لو غصبه المالك من الغاصب وهو لا يعلم أنه طعامه بريء منه الغاصب لما عللناه في الابتياع لأن الغصب موجب للضمان.

فصل: فأما إن أودعه الغاصب عند مالكه أو رهنه إياه أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه

منه بالوديعة أو بالرهن أو بالإجارة ثم تلف عنده، نظر فإن علم بعد قبضه أنه ماله بريء الغاصب من ضمانه وإن لم يعلم، نظر، فإن كان تلفه على وجه يوجب الضمان على المودع والمرتهن والمستأجر بريء الغاصب من ضمانه لكونه مضموناً عليه، وإن كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان في هذه الأحوال ففي براءة الغاصب منها وجهان:

أحدهما: يبرأ منه لعوده إلى يد مالكه. والوجه الثاني: لا يبرأ منه لأن خروجه من يده إما نيابة عنه أو أمانة منه فلم تزل يده فكان على ضمانه فلو أن الغاصب خلطه بمال المالك فتلف والمالك لا يعلم به فإن لم يكن المال في يد المالك فالضمان باق على الغاصب وإن كان في يده فإن تلف باستهلاك المالك بريء منه الغاصب وإن تلف بعد استهلاكه كان في براءته وجهان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ حَلَّ دَابَّةً أَوْ فَتَحَ قَفَصاً عَنْ طَائِرٍ فَوَقَفَا ثُمَّ ذَهَبَا لَمْ يَضْمَنْ لأَنَّهُمَا أَحْدَثَا الذَّهَابَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل حل دابة مربوطة أو فتح قفصاً عن طائر محبوس فشردت الدابة وطار الطائر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون شرود الدابة وطيران الطائر بتهييجه وتنفيره فعليه الضمان إجماعاً وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سبباً والطيران مباشرة لأنه قد ألجأه بالتهييج والتنفير إلى الطيران وإذا انضم إلى السبب إلجاء تعلق الحكم بالسبب الملجيء وسقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتص منه الحاكم بشهادتهما ثم رجعا تعلق الضمان عليهما دون الحاكم لأنهما ألجآه بالشهادة فسقط حكم المباشرة.

والضرب الثاني: أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير للدابة والطائر ففيه حالتان:

أحدهما: أن يلبثا بعد حل الرباط وفتح القفص زماناً وإن قل فلا ضمان عليه لانفصال السبب عن المباشرة وبه قال أبو حنيفة وقال مالك عليه الضمان.

والحالة الثانية: أن تشرد الدابة ويطير الطائر في الحال من غير لبث ففي الضمان لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة عليه الضمان لاتصال السبب وهو قول أبي حنيفة.

والوجه الثاني: وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه في كتاب اللقطة لا ضمان عليه لعدم الإلجاء واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان متصلاً ومنفصلاً بأن أسباب التلف

المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف فوجب أن يتعلق به الضمان ولأن كل ما يتعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان مع انفصاله عن سببه كالجارح يضمن أن تعجل التلف أو تأجل.

ودليلنا هو أن للحيوان اختيار يتصرف به كما يشاهد عياناً من قصده لمنافعه واجتنابه لمضاره، ثم لما قد استقر حكماً من تحريم ما قد صاده باسترساله وتحليل ما صاده باسترسال مرسله فإذا اجتمع السبب والاعتبار تعلق الحكم بالاختيار دون السبب كملقي نفسه مختاراً في بئر يسقط الضمان باختياره عن حافر البئر وطيران الطائر باختياره لأنه غير ملجأ وقد كان يجوز بعد فتح القفص ألا يطير فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان، ولأن طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس إذا فتح عنه الحبس فلما كان فاتح الحبس عن العبد المحبوس لا يضمنه إن هرب فكذلك فاتح القفص عن الطائر لا يضمنه إن طار، ولأن مثابة من فتح القفص عن الطائر حتى طار بمثابة من هتك حرز مال حتى سرق، ثم كان لو فتح باب داراً فيها مال فسرق لم يضمنه فكذلك القفص إذا فتح بابه حتى طار طائره لم يضمنه؛ ولأن فتح القفص يكون تعدياً على القفص دون الطائر بدليل أنه لو مات الطائر في القفص بعد فتحه لم يضمنه قط وما انتفى عنه التعدي لم يضمن به.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة كحافر البئر يضمن ما سقط فيها فهو أنهما سواء وذاك أن من طابع الحيوان توقي التالف فإذا سقط في البئر دل على أن سقوطه بغير اختياره فضمن الحافر ولو علمنا أنه سقط باختياره بإلقاء نفسه عمداً سقط الضمان عن الحافر والطير مطبوع على الطيران عند القدرة إلا في أوقات الاستراحة فإذا طار دل على أن طيرانه باختياره فسقط الضمان عن فاتح القفص ولو علمنا أنه طار بغير اختياره بالإلجاء والتنفير وجب الضمان على فاتح القفص فكان سواء. فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تعجل بها التلف أو تأجل فلأصحابنا في ضمانه إذا طار عقب الفتح وجهان:

أحدهما: لا يضمنه فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: يضمنه فعلى هذا يكون الفرق بين أن يطير في الحال فيضمن وبين أن يطير بعد زمان فلا يضمن هو أن الطير مطبوع على النفور من الإنسان فإذا طار في الحال علم أنه طار لنفوره منه فصار كتنفيره إياه وإذا لبث زماناً لم يوجد منه النفور فصار طائراً باختياره والله أعلم بالصواب.

فصل: فإذا أمر طفلاً أو مجنونا بإرسال طائر في يده فطار فهو كفتحه القفص عنه في أنه نفره أو أمر الطفل بتنفيره ضمنه، وإن لم ينفره ولبث زماناً لم يضمنه وإن طار في الحال فعلى وجهين.

فصل: ولو كان الطائر ساقطاً على جدار أو برج فنفره بحجر رماه بـه فطار من تنفيـره لم يضمنه لأنه قد كان طائراً غير مقدور عليه قبل التنفير.

فصل: ولو رمى رجل حجراً في هواء داره فأصاب طائـراً فقتله ضمن سواء عمـده أو لم يعمده لأنه وإن لم يتعد بالرمي في هواء داره فليس له منع الطائر من الطيران في هوائه. فصار كما لو رماه في غير هوائه وخالف دخول البهيمة إلى داره إذ منعها بضـرب لا تخرج إلا بـه أنه لا يضمنها لأن له منع البهيمة من داره.

فصل: وإذا فتح رجل مراح غنم فخرجت ليلاً فرعت زرعاً فإن كان الذي فتحـه المالـك ضمن الزرع وإن كان غير المالك لم يضمن والفرق بينهما أن المالك يلزمه حفـظها فـإذا فتح عنها ضمن وغير المالك لا يلزمه حفظها فإذا فتح عنها لم يضمنه.

فصل: ولو حل دابة مربوطة عن علف أو شعير فأكلته لم يضمن لأن الـدابة هي المتلفـة دونه، وكذا لو كسرت إناء في الدار لم يضمنه لما عللنا وسواء اتصل بذلـك بالحـل أو انفصل عنه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ حَلَّ زِقًّا أَوْ رَاوِيَةً فَانْدَفَقَا ضَمِنَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزِّقُّ ثَبَتَ مُسْتَنِداً فَكَانَ الْحَلُّ لَا يَدْفَعُ مَا فِيهِ ثُمَّ سَقَطَ بِتَحْرِيكٍ أَوْ غَيْرِهِ فَلَا يَضْمَنُ لِأَنَّ الْحَلَّ قَدْ كَانَ وَلَا جِنَايَةَ فِيهِ».

قال الماوردي: وصورتها في زق قـد أوكى على ما فيـه فحل الـوكاء حتى ذهب مـا في الزق فلا يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون من أرق المائعات قواماً وأسرعها ذهابـاً كالخـل والزيت واللبن فهـذا على ضربين: أحدهما: أن يكون فم الزق منكساً فعليه ضمان ما فيه لأن الـزيت مع التنكيس لا يبقى فكان هو المتلف له.

والضرب الثاني: أن يكون فم الزق مستعلياً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يميل في الحال فيذهب ما فيه فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه فـإذا حله كان بالحل تالفاً وليس كالدابة إذا حلها لأن للدابة اختيار.

والضرب الثاني: أن يلبث بعد الحل متماسكاً زمـاناً ثم يميـل فيسقط فلا ضمـان عليه وسواء كان الزق مستنداً أو غير مستند لأنه قد كان باقياً بعد الحل فعلم أن تلفه بغيـر الحل من هبوب ريح أو تحريك إنسان.

والقسم الثـاني: أن يكون مـا في الزق ثخين القـوام بطيء الـذهاب كـالدابس الثخين

والعسل القوي فإذا حل وكاءه فاندفع يسيراً بعد يسير حتى ذهب ما فيه فإن كان مستعلي الرأس فلبث زماناً لا يندفع شيئاً منه ثم اندفع فلا ضمان وإن اندفع في الحال أو كان منكساً، نظر، فإن لم يقدر مالكه على استدراك سده حتى ذهب ما فيه فعليه الضمان، وإن قدر على الاستدراك لما فيه فإن استدركه بالسد لزمه ضمان ما خرج قبل السد وإن تركه المالك مع القدرة على استدراك سده ففي الضمان وجهان:

أحدهما: عليه الضمان كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه أو قتل عبده وهو قادر على دفع لزمه الضمان، ولا تكون قدرة المالك على الدفع اختياراً أو إبراءاً كذلك ها هنا.

والوجه الثاني: لا ضمان عليه.

والفرق بينهما أنه في القتل والتخريق مباشر وفي حل الوكاء متسبب والسبب يسقط حكمه مع القدرةعلى الامتناع منه كمن حفر بئراً فمر بها إنسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها لن يضمن الحافر، ولو كان الزق مستعلي الرأس وهو يندفع بعد الحل يسيراً بعد يسير فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب. فعلى الأول ضمان ما خرج قبل التنكيث وفيما خرج بعده وجهان:

أحدهما: أن ضمانه عليهما لاشتراكهما في سبب ضمانه كالجارحين.

والوجه الثاني: أن ضمانه على الثاني وحده لسقوط السبب مع المباشرة فصار كالذابح بعد الجارح يسقط سراية الجرح بتوجيه الذبح. **والقسم الثالث:** أن يكون ما في الزق جامداً كالسمن والدبس إذا جمد فينكشف بحل الوكاء أو يكشف الإناء حتى تطلع عليه الشمس فيذوب ويذهب فإن كان الزق أو الإناء على حال لو كان ما فيها عند الحل والكشف ذائباً بقي في زقه وإنائه فلا ضمان عليه وإن كان لا يبقى لو كان ذائباً ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه لأن ذوبانه من تأثير الشمس لا من تأثير حله.

والوجه الثاني: عليه الضمان لأن بحله إياه وكشفه له أثرت فيه الشمس فكان الحل أقوى سبب فتعلق الضمان به والله أعلم.

فصل: ولو أدنى رجل من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكائه فحمي بها فذاب وذهب فلا ضمان على واحد منهما. أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به، وأما كاشف الإناء وحل الوكاء فلم يكن منه عند فعله جناية يضمن بها وصارا كسارقين ثقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال لم يقطع واحد منهما لأن الأول هتك الحرز وبهتك الحرز لا يجب القطع.

والثاني: أخذ مالاً غير محرز وأخذ المال من غير حرز لا يوجب القطع فإن قيل لم

يضمن إذا ذاب بالشمس في أحد الوجهين ولم يضمن إذا ذاب بالنار. قيل لأن طلوع الشمس معلوم فصار كالقاصد له، ودنو النار غير معلوم فلم يصر قاصداً له.

ولكن لو كان كاشف الإناء وحال الوكاء هو الذي أدنى النار منه فذاب ضمن وجهاً واحداً بخلاف الشمس في أحد الوجهين ولأن إدناء النار من فعله وليس طلوع الشمس من فعله وخالف وجود ذلك من نفسين وصار كتفرده بهتك الحرز وأخذ ما فيه في وجوب القطع عليه ولا يجب لو كان من نفسين.

فصل: وإذا حل رجل رباط سفينة فشردت بعد حل رباطها فغرقت فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون غرقها في الحال من غير لبث فعليه الضمان لحدوث التلف بفعله.

والضرب الثاني: أن يتطاول بها اللبث بعد الحل ثم تغرق بعده فهو على ضربين:

أحدهما: أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح أو موج فلا ضمان عليه لتلفها بما هو غير منسوب إليه.

والضرب الثاني: أن لا يظهر حدوث سبب لتلفها ففي ضمانها وجهان: **أحدهما**: أنه لا يضمنها كما لا يضمن الزق إذا لبث بعد حله ثم مال.

والوجه الثاني: عليه الضمان بخلاف الزق لأن الماء أحد المتلفات.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ غَصَبَهُ دَاراً فَقَالَ الْغَاصِبُ هِيَ بِالْكُوفَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا في كتاب الإقرار أن الدعوى المجهولة لا تصح حتى تفسر وأن الإقرار بالمجهول يصح ويؤخذ المقر بالتفسير فإذا ابتدأ رجل عند الحاكم من غير دعوى تقدمت عليه فقال غصبت فلاناً هذا داراً جاز للحاكم أن يسأل المقر له عن قبول الإقرار بالدار قبل أن يسأل المقرر عن حدود الدار وموضعها حتى إن رد الإقرار كفى تكلف السؤال وإن قبل الإقرار أمسك عن سؤال المقر أيضاً عن موضعها وحدودها حتى يسأله المقر له سؤال المقر عن ذلك فحينئذ يسأله ولا ينبغي أن يتبرع بالسؤال له عما لم يسأله فإذا سأله المقر له عن ذلك سأل المقر حينئذ أين الدار فإن قال هي بالبصرة فالحاكم بالخيار بين أن يسأله عن موضعها من قبائل البصرة ثم عن حدودها من القبيلة وبين أن يسأل المقر له عن الدار التي غصبه إياها هل هي بالبصرة أم لا؟ حتى إن ادعاها بغير البصرة كفى تكلف السؤال عن موضعها وحدودها من البصرة. وإذا كان كذلك فللمقر له ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يقبل منه إقراره بالدار التي هي بالبصرة ولا يدعي عليه غيرها فيحكم له بها بمجرد الإقرار وليس بينهما خلاف فتجب به يمين.

والحالة الثانية: أن يقبل منه إقراره بالدار التي بالبصرة ويدعي عليه داراً بالكوفة فيستحق الدار التي بالبصرة بالإقرار ثم يصير مدعياً لدار بالكوفة فيسأل الحاكم المدعي عن موضع الدار من قبائل الكوفة وعن حدودها من تلك القبيلة قبل سؤال المدعى عليه عنها حتى لا تكون دعواه مجهولة فإن أقر له بها خرج إليه منها وإن أنكره إياها حلف عليها.

والحالة الثالثة: أن يرد إقراره بالدار التي بالبصرة ولا يقبلها ويدعي عليه داراً بالكوفة ويحدها فينبغي للحاكم أن يسأله قبل سؤال المدعى عليه فيقول له أتصدقه على أن الدار التي ابتدأ بالإقرار لك بها هي التي ذكر أنها بالبصرة فإن قال أصدقه على أنه أرادها بالإقرار الأول وليست هي التي غصبنيها سأل الحاكم المدعى عليه حينئذ عما ادعاه عليه من الدار بالكوفة فإن أقر بها خرج إليه منها وكانت الدار التي بالبصرة مقرة في يده لعدم من يدعيها وإن أنكره حلف له يميناً واحدة بالله ما غصبه داراً بالكوفة وإن قال المدعي عند سؤال الحاكم له قد كان المقر أراد بإقراره الأول لي بالدار ما ادعيته عليه من الدار بالكوفة أحلف الحاكم المدعى عليه إذا أنكر يمينين أحدهما: أنه ما غصبه داراً بالكوفة. واليمين الثانية أنه ما أراد بالدار التي كان أقر له بها الدار التي ادعاها عليه بالكوفة فإذا حلفها بريء من دعوى دار بالكوفة وأقرت دار البصرة بيده.

فصل: ولو ابتدأ المدعي قبل تقدم الإقرار له فادعى عليه غصب دار بالكوفة فذكر حدودها وقال المدعى عليه غصبه داراً بالبصرة. قيل له أنت غير مجيب عن الدعوى لإقرارك بدار لم يدع عليك فأجب عما ادعاه عليك من غصب دار بالكوفة فإن اعترف له بها لزمه الخروج إليه منها وعرض عليه قبول ما أقر له به مبتدئاً من غصب دار بالبصرة فإن قبل إقراره بها خرج إليه أيضاً منها وإن لم يقبل أقرت في يد المقر ولو كان المدعى عليه أنكر غصب دار بالكوفة أحلفه الحاكم يميناً واحدة أنه ما غصبه داراً بالكوفة وأقر بيده دار البصرة إن لم يقبلها المقر له.

فصل: ولو قال غصبته داره ثم قال أردت دارة الشمس أو دارة القمر فإن قال ذلك مبتدئاً من غير أن يتقدم الدعوى عليه بدار قبل قوله وإن قال ذلك جواباً عن دعوى دار عليه ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل قوله لاحتماله.

والوجه الثاني: لا يقبل منه لأنه إذا كان جواباً انصرف عنه الاحتمال إلى ما تضمنه الدعوى والله أعلم.

فصل: ولو ادعى عليه غصب دار بالبصرة فأنكره وحلف بالطلاق ما غصبته ثم أقام

المدعي بينة بشاهدين عدلين على مشاهـدة الغصب أو على إقراره بـه لزمـه الغصب والطلاق معاً لحنثه به في يمينه ولو كانت بينته شاهداً وامرأتين أو شـاهداً ويميناً لزمـه الغصب ولا يلزم الطلاق لأن المغصوب مال يلزم بشاهـد وامرأتين وبشـاهد ويمين والـطلاق لا يلزم بشاهـدين عدلين لا غير. ولو شهد أحد الشاهدين على معاينة الغصب وشهد الآخر على إقراره بالغصب لم تكمل البينة بهما لأن الإقرار بالغصب غير المعاينة بالغصب وقيل للمدعي احلف مع أيهما شئت حتى تكمل بينتك بشاهد ويمين فيلزمه بها الغصب دون الطلاق. ولو شهد أحدهمـا أنه غصبهـا منه يـوم الخميس وشهد آخـر أنه غصبهـا منه يـوم الجمعة لم تكمـل البينة بهمـا لأن الغصب في يوم الجمعة غير الغصب في يوم الخميس فإن قال أحدهما رأيتها مغصوبة في يده يوم الخميس وقال الآخر رأيتها مغصوبة في يده يوم الجمعة كملت البينة بهمـا لعدم التنـافي. ولو قال أحدهما أقر عندي أنه غصبها يوم الخميس وقال الآخر أقر عندي يوم الجمعـة بغصبها كملت بهما لعدم التنافي ولو قال أحدهما أقر عندي أنه غصبهـا يوم الخميس وقـال الآخر أقـر عندي أنه غصبها يوم الجمعة لم تكمل البينة لأنهما غصبان ولو شهد أحدهمـا أنه غصبهـا منه وشهد الآخر أنه غصبها من وكيله لم تكمـل البينة لأن الغصب منـه غير الغصب من وكيله ولـو قال أحدهما غصبته من وكيله وقال الآخر غصبته إياها ولم يقل غصبتهـا منه كملت البينـة بهما لأن المغصوب من وكيله مغصوب منه فلم تتنافى الشهادتان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ «وَلَوْ غَصَبَهُ دَابَّةً فَضَاعَتْ فَأَدَّى قِيمَتَهَا ثُمَّ ظَهَرَتْ رُدَّتْ عَلَيْهِ وَرُدَّ مَا قُبِضَ مِنْ قِيمَتِهَا لأَنَّهُ أَخَذَ قِيمَتَهَا عَلَى أَنَّهَا فَائِتَةٌ فَكَانَ الْفَوْتُ قَدْ بَـطُلَ لَمَّا وُجِـدَتْ وَلَـوْ كَانَ هَـذَا بَيْعاً مَـا جَازَ أَنْ تُبَـاعَ دَابَّةٌ غَـائِبَـةٌ كَعَيْنٍ جُنِيَ عَلَيْهَـا فَـابْيَضَّتْ أَوْ عَلَى سِنِّ صَبِيٍّ فَانْقَلَعَتْ فَأُخِذَ أَرْشُهَا بَعْدَ أَنْ أُيِسَ مِنْهَا ثُمَّ ذَهَبَ الْبَيَـاضُ وَنَبَتَتِ السِّنُّ فَلَمَا عَـادَا رَجَعَ حَقُّهُمَـا وَبَطُلَ الأَرْشُ بِذَلِكَ فِيهِمَا (وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ) وَلَوْ قَالَ الْغَاصِبُ أَنَا أَشْتَرِيهَا مِنْـكَ وَهِيَ فِي يَدَيَّ قَدْ عَرَفْتُهَا فَبَاعَهُ أَيَّاهَا فَالْبَيْعُ جَـائِزٌ (قـال المزني) رَحِمَـهُ اللَّهُ مَنَعَ بَيْـعَ الْغَائِبِ فِي إِحْـدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ وَأَجَازَهُ فِي الأُخْرَى».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا غصب عبداً فـأبق أو بعيراً فشـرد أو فرسـاً ففر فهـذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون رده ممكناً لمعرفة مكانه.

والثـاني: أن يكون رده ممتنعـاً للجهل بمكـانه فـإن كـان رده ممكنـاً ومكـانـه معـروفـاً فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتـزام المؤنة في رده ولـو كانت أضعـاف قيمته كمـا يؤخذ بهدم بنائه وإن كان أكثر من قيمة الأرض المغصوبة أضعافاً فلو أمر الغاصب مالكها أن يستأجر

رجلاً لطلبها فاستأجر رجلاً وجبت أجرته على الغاصب ولو طالب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجرة الطلب لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعاً بطلبه فإن استأجر الغاصب مالكها لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان:

أحدها: أن الإجارة جائزه وله الأجرة المسماة لأنه مالك لمنافع نفسه فيملك المعاونة عليها.

والوجه الثاني: أن الإجارة باطلة ولا أجرة له لأنه لا يصح أن يعمل في ماله بعوض على غيره والله أعلم.

فصل: فإن حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه.

والقسم الثاني: أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب.

القسم الثالث: أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب.

فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة العبد المغصوب ويطالب المغصوب منه بعبده ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مؤنته لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه والقسم الثاني: وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة عبده ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العبد بعينه فينظر فإن كان العبد على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول قول الغاصب ولا يجبر على بذل القيمة لأن العبد المغصوب مقدور عليه، وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلاً فإذا أخذ القيمة ملكها ملكاً مستقر وملك الغاصب العبد ملكاً مراعاً ليتملكه بعد القدرة عليه إن شاء أو يتوصل به إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء لأن الإجبار يمنع من استقرار الملك بالأعواض فإذا قدر على العبد المغصوب فهو حينئذ بالخيار بين أن يتملكه وبين أن يرده ولا خيار للمغصوب منه لأن المغصوب منه لما ملك الخيار في الابتداء لم يملكه في الانتهاء، والغاصب لما لم يملكه في الابتداء ملكه في الانتهاء فإن اختار أن يتملكه استقر حينئذ ملكه عليه باختياره فإن طلب القيمة ولم يختر تملكه قيل للمغصوب منه إن رددت القيمة عاد العبد إليك ولا أجرة لك فيما مضى لأنك تملكه الآن ملكاً مستقراً وإن امتنعت عن رد القيمة لم تجبر على ردها لأنك قد ملكتها وبيع العبد ليأخذ الغاصب من ثمنه ما دفعه من القيمة فإذا بيع لم يخل الثمن من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يكون بقدر القيمة فيأخذه الغاصب كله.

والحالة الثانية: أن يكون أكثر من القيمة فيأخذ الغاصب منه قدر القيمة ويكون الفاضل للمغصوب منه لأنها زيادة لم يستقر ملكه عليها.

والحالة الثالثة: أن يكون الثمن أقل من القيمة فيأخذه الغاصب ويكون العجز عائداً عليه لضمانه نقص الغصب.

وأما القسم الثالث وهو أن يتفق الغاصب والمغصوب منه على أخذ العوض عن العبد فهذا بيع محض كعبد رأياه قبل العقد ولم يرياه في حال العقد وإذا كان كذلك لم يخل حال رؤيتهما له من أن تكون قريبة أوبعيدة فإن كانت رؤيتهما له قريبة جاز أن يتعاقدا عليه بما يتراضيا به في ثمنه وإن كانت رؤيتهما له بعيدة لم يخل حالهما من أن يكونا ذاكرين لأوصافه أو ناسيين فإن نسيا أوصافه كان بيعه باطلاً إلا أن يكون بشرط خيار الرؤية فيكون على قولين وإن كانا ذاكرين لأوصافه ففي جواز بيعه قولان، لجواز تغيره إلا أن يكون المغصوب مما لا يتغير بطول المدة كالحديد والصفر فيجوز بيعه قولاً واحداً فهذا حكم الضرب الأول إذا كان رده ممكناً.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبراً بقيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد فإذا أخذها المغصوب منه ففي استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أن يكون ملكه عليها مستقراً لفوات الرد.

والوجه الثاني: مراعاً لجواز القدرة على الرد فإن وجد العبد المغصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا في حكمه فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك المغصوب منه بأخذه ويرد ما أخذ من قيمته وقال أبو حنيفة يكون العبد ملكاً للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا في قيمته فإن كانا قد تكاذبا فيها وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان المغصوب منه أحق بالعبد حينئذ استدلالاً بأن البدل إذا كان في مقابلة مبدل كان استحقاق البدل موجباً لتلك المبال كالبيع والنكاح لما استحق على المشتري الثمن تملك المثمن ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع كذلك الغصب لما ملك المغصوب منه القيمة ملك الغاصب المغصوب، ولأن الجمع بين البدل والمبدل مرتفع في الأصول وفي بقاء ملك المغصوب منه العبد بعد أخذ قيمته جمع بينه وبين بدله وذلك باطل كالبائع لا يجوز أن يجتمع له ملك الثمن والمثمن والزوجة لا يجوز أن يجتمع لها المهر والبضع ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياساً على ما أمكن رده. ودليلنا قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾

[النساء: ٢٩] فما خرج عن التَراضِي خرج عن الإباحـة في التمليك وروى قتـادة عن الحسن عن سمـرة أن النبي ﷺ قال: «عَلَى اليَـدِ مَا أَخَـذَتْ حَتَى تُؤَدِّي». فجعل الأداء غـايـة الأخـذ فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليـه أولى بصحـة تملكه من العجـز عنه ثم ثبت أن الغـاصب لو كـان قادراً على العبـد المغصوب فكتمه وبذل قيمته لم يملكه فإذا بذلها مع العجز عنه فأولى أن لا يملكه ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن كل ما لم يملك بـالقيمة مـع القدرة عليـه فأولى أن لا يملك بـالقيمة مـع العجز عنه قياساً عليه إذا كانت القيمة من غير نقد البلد أو كانت من نقد البلد فلم تقبض.

والثاني: أن كل ما لم يملك بالقيمـة من غير نقـد البلد لم يملك بالقيمـة من نقد البلد قياساً على المكتوم. ولأن تملك الشيء عن رضى مالكه أشبه بالصحة من تملكه بكره مـالكه ثم ثبت أنهما لو تبايعا الآبق عن تراض لم يملكه فـأولى إذا صار إلى قيمتـه مع الإكـراه أن لا يملك ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أنها معاوضة من غير مقدور عليه فوجب أن لا يملك كالبيع.

والثاني: أن ما لم يملك بثمن المرضاة فـأولى أن لا يملك بقيمة الإكـراه كأم الـولد إذا وجـدها الغـاصب بعد دفـع القيمة لأن حكم الحـاكم أبلغ في صحة التمليـك ما لم ينفـذ فيه حكم الحاكم فلما كان أخذ القيمة بحكم الحاكم عند تكاذبهما فيها وإحلاف الغاصب عليهـا لا يوجب تمليك المغصوب فأولى إذا تجردت لتصادقهمـا عليها من حكم حـاكم ان لا يوجب تملك المغصوب. ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أنها غرامة إتلاف فوجب أن يمنع من الملك قياساً على أخذها بحكم.

والثاني: أن ما لم يملك بـالغرم عن حكم لم يملك بـالغرم من غيـر حكم قياساً على التـالف قبل الغـرم ولأن كل بـدل جاز المصيـر إليه لفقـد مبدلـه كان وجـود المبدل مـانعاً في التصرف في بدله كالمتيمم إذا وجد الماء وأكـل الميتة إذا وجـد الطعـام ولأن كل بـدل وجب بفوات مبدل كان عود المبدل موجباً لسقوط البـدل قياسـاً على الجاني على عين فـابيضت ثم زال بياضها أو على يد فشلت ثم زال شللها ولأن ما أوجب ملك بدله تمليك مبدله كان امتناع ملك المبدل مبطلاً لملك البدل كالبيع لا يملك به ثمن أم الولد لأنها لا تملك ويملك به ثمن غيرها فما يملك فلما استوى في الغصب بدل ما يجوز أن يملك من الأمـوال وما لا يجـوز أن يملك من الأوقاف وأمهات الأولاد دل على أن ملك البدل فيمن لا يوجب تمليك مبدلـه وبهذا يكـون الانفصال عن دلائلهم فتـأمله تجده مقنعـاً ثم المعنى في البيع الـذي جعلوه أصلاً في الاستدلالين أن الثمن فيه موضوع للتمليك والقيمة في الغصب غير موضوعة للتمليك ألا ترى

أن ثمن التالف لا يملك وقيمة التالف تملك. وأما قياسهم على ما أمكن رده فالمعنى فيه أنه يصح بيعه وتمليكه والقيمة فيه بدل من الحيلولة دون الفوات.

فصل: فإذا ثبت أن وجود المغصوب بعد أخذ قيمته موجب لرده واسترجاع قيمته فإذا استرده المغصوب منه رجع بنقص إن كان فيه وبنماء إن حدث منه وبأجرته إلى وقت أخذه لقيمته وفي رجوعه بأجرته بعد أخذ قيمته وجهان:

أحدهما: يرجع بها لبقائها على ملكه.

والثاني: لا يرجع بها لاعتياضه عليها بالقيمة ولعلهما مبنيان على اختلاف الوجهين في ملكه للقيمة هل يكون مستقراً أو مراعاً ولكن لو أن أجنبياً غير الغاصب تصرف في المغصوب باستخدام العبد وركوب الدابة رجع المغصوب منه عليه بالأجرة وجهاً واحداً وهل يكون مخيراً في الرجوع بها عليه وعلى الغاصب أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين. إن قلنا إن الغاصب ضامن للأجرة كان له الخيار، وإن قلنا إنه ليس بضامن فلا خيار له ويرجع بها على الراكب والمستخدم وحده، و إذا استحق المغصوب منه بعد رجوع المغصوب إليه مطالبة الغاصب بما وصفناه فإن كان ما أخذه من القيمة مستهلكاً تقاضاه ورد مثل الباقي منه وإن كان باقياً في يده فإن قيل باستقرار ملكه عليه فله أن يأخذ منه بقدر ما استحقه وعليه رد الباقي بعينه، وإن قيل إنه مراعاً لم يكن له أن يأخذ ذلك منه إلا برضى الغاصب لأن وجود المغصوب قد رفع ملكه عن القيمة فصار كسائر أموال الغاصب لا يجوز أن يأخذ منها حقه إلا بإذنه وإذا أمكن أن يصل إلى حقه منه وليس له أن يرتهن القيمة على أخذ الأجرة وله أن يرتهنها على أخذ النقص لأنها بدل عن العين دون المنفعة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ بَاعَهُ عَبْداً وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَقَرَّ الْبَائِعُ أَنَّهُ غَصَبَهُ مِنْ رَجُلٍ فَإِنْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي نَقَضْنَا الْبَيْعَ وَرَدَدْنَاهُ إِلَى رَبِّهِ وَإِنْ لَمْ يُقِرَّ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَى إِبْطَالِ الْبَيْعِ وَيُصَدَّقُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ وإِنْ رَدَّهُ الْمُشْتَرِي بِعَيْبٍ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَهُ إِلَى رَبِّهِ الْمُقَرِّ لَهُ بِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل باع عبداً على رجل فادعاه رجل ملكاً وأن البائع أخذه منه غصباً فللبائع والمشتري أربعة أحوال:

احدهما: أن يصدقاه عليه فيلتزم المشتري تسليمه لبطلان البيع وله أن يرجع على البائع الغاصب بالثمن.

والحال الثاني: أن يكذباه عليه فللمدعي إحلافهما عليه معا إلا أن يكون له بينة

فيحكم بها وينتزع العبد من المشتري ولا يرجع على البائع بالثمن لأنه بتكذيب المشتري مقر بأنه مظلوم بانتزاع العبد من يده غير مستحق للرجوع بثمنه.

والحال الثالث: أن يصدق المشتري وحده ويكذبه البائع فيلزم المشتري بتصديقه تسليم العبد إليه ولا رجوع له على البائع بالثمن لأن قوله مقبول على نفسه وغير مقبول على غيره وللمشتري إحلاف البائع وليس للمغصوب منه إحلافه لأن المغصوب منه يأخذ العبد قد وصل إلى حقه وإنما للمشتري إحلافه لأجل ما يستحقه من الثمن باعترافه.

والحال الرابع: وهي مسألة الكتاب أن يصدقه البائع ويكذبه المشتري فلا يقبل تصديق البائع على المشتري لارتفاع يده وحصوله حكماً في ملك غيره ويحلف المشتري للمدعي ثم يرجع المشتري بقيمته على الغاصب قولاً واحداً لأنه قد عاوض عليه فإن عاد العبد إلى البائع بهبة أو ميراث أو رد بعيب لزمه تسليمه إلى المغصوب منه لأنه إنما لم ينفذ إقراره فيه لحق المشتري فإذا زال حقه لزمه رده ويسترجع منه قيمته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَعْتَقَهُ ثُمَّ أَقَرَّ الْبَائِعُ أَنَّهُ لِلْمَغْصُوبِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي رَدِّ العِتْقِ وَلِلْمَغْصُوبِ القِيمَةُ إِنْ شَاءَ أَخَذْنَاهَا لَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي الْمُعْتِقِ وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الغَاصِبِ بِمَا أُخِذَ مِنْهُ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَا لاَ يَمْلِكُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان مشتري العبد أعتقه ثم حضر من ادعاه ملكاً وأن البائع أخذه غصباً كلف البينة قبل سؤالهما بخلاف الحال قبل العتق لأن نفوذ العتق يمنع من رفعه إلا ببينة عادلة تشهد به فإن أقام بينة بطل العتق واسترجع العبد ورد البائع الثمن على المشتري إن ادعاه من غير تكذيب المدعي. وإن لم يكن للمدعي بينة سئل البائع والمشتري حينئذ عن دعواه ولا يخل حالهما من الأحوال الأربعة:

أحدهما: أن يكذباه فله إحلافهما ولا شيء عليهما.

والحال الثاني: أن يصدقه البائع دون المشتري فقول البائع فيه غير مقبول لأنه قد صار في العبد بعد عتقه ثلاثة حقوق حق المشتري في الملك وحق العبد في التصرف وحق الله تعالى في الحرمة وقول البائع غير مقبول في حق واحد منهما وإذا كان كذلك لزمه غرم القيمة للمغصوب منه بتصديقه له وليس للمغصوب منه إحلاف المشتري، لأن حقه في القيمة وقد وصل اليهما فإن أراد البائع إحلاف المشتري، فإن كانت القيمة بقدر ثمنه أو أقل فليس له إحلافه لأن ما غرمه من القيمة قد وصل إليه من الثمن وإن كانت القيمة أكثر من الثمن كان له

إحلافه لأن ما غرمه من القيمة قد وصل إليه من الثمن وإن كانت القيمة أكثر من الثمن كان له إحلافه لأنه لو صدقه على الغصب للزمه أن يدفع إليه باقي القيمة.

والحال الثالث: أن يصدقه المشتري وحده فالعتق لا يبطل لأنه وإن سقط حقه من الملك بالتصديق فقد بقي حقان:

أحدهما: للعبد.

والثاني: لله تعالى وقوله غير مقبول في واحد منهما وإذا كان كذلك فعليه أن يغرم للمغصوب منه قيمة العبد وليس للمغصوب منه إحلاف البائع لأن حقه في القيمة وقد وصل إليها من المشتري إلا أن يعسر بها المشتري فيجوز له إحلاف البائع فإن أراد المشتري إحلاف البائع فله ذلك على الأحوال كلها لأنه لو صدقه لوجب عليه رد الثمن كله.

والحال الرابع: أن يصدقه البائع والمشتري فلا يقبل قولهما في إبطال العتق لبقاء حق العبد وحق الله تعالى فإن صدقهما العبد أيضاً لم يبطل العتق لبقاء حق الله وحده وإذا كان كذلك فللمغصوب منه الخيار في الرجوع بقيمته على من شاء منهما فإن رجع بها على البائع فإن للبائع الرجوع بها على المشتري لأنها مضمونة عليه بالعتق إلا أن البائع قد أخذ منه الثمن فإن كان الثمن من غير جنس القيمة رجع بالقيمة ورد الثمن وإن كانت من جنسه تقاضا وترادا الزيادة فإن رجع المغصوب بها ابتداءاً على المشتري رجع المشتري على البائع بالثمن الذي قبضه دون القيمة.

(مسألة كسر صليب النصراني)

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَسَرَ لِنَصْرَانِيٍّ صَلِيباً فَإِنْ كَانَ يَصْلُحُ لِشَيْءٍ مِنَ المَنَافِعِ مُفَصَّلاً فَعَلَيْهِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مُفَصَّلاً وَمَكْسُوراً وَإِلاَّ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: أما الصليب فموضوع على معصية لزعمهم أن عيسى ابن مريم عليه السلام قتل وصلب على مثله فاعتقدوا إعظامه طاعة والتمسك به قربة وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فيه ومعصيتهم به فقال(سبحانه) ﴿وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَكِنْ شُبِّهَ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٥٧، ١٥٨] وقال تعالى: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ يَقِيناً بَلْ رَفَعَهُ اللَّهُ إِلَيْهِ﴾ وفيه تأويلان:

أحدهما: أن الكناية راجعة إلى عيسى وتقديره وما قتلوا عيسى يقيناً.

والثاني: أنها كناية ترجع إلى العلم به. وتقديره وما قتلوا للعلم به يقيناً من قولهم قتلت ذلك علماً إذا تحققت ومنه ما جاء الحديث به قتلت أرض جاهلها وقتلت أرض عالمها فإن لم يجاهرونا بالصليب لم يجز أن نهجم عليهم في بيعهم وكنائسهم وأقررناهم على ما يعتقدونه من تعظيمه كما نقرهم على كفرهم وإن جاهرونا به وجب انكاره ولم يجز أن نقرهم على

إظهاره ثم ننظر فإن كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك مجاهرتنا به جاز في الإنكار عليهم أن يعمد إلى تفصيل الصليب وكسره رفعاً لما أظهروه من المعصية به وإن لم يشرط ذلك عليهم في عقد جزيتهم وجب أن يقتصر على الإنكار عليهم في المجاهرة به ولا يتجاوز في الإنكار إلى كسره إلا أن يقيموا بعد الإنكار على إظهاره فيكسر عليهم كسراً لا يوجب ضماناً ولا غرماً فإذا تقرر هذا وكسر رجل على نصراني صليباً نظرا فإن كان قد فعله وأزاله عن شكله ولم يتجاوز عن كسر خشبه فلا شيء عليه لأنه قد أزال معصية ولم يتلف مالاً وإن كسره حتى صار خشبه فتاتاً فإن كان لا ينتفع به في غير الصليب ولا يصلح إلا له فلا شيء عليه سواء كان كاسره مسلماً أو نصرانياً وكذا لو كان يصلح مكسوراً لما يصلح له صحيحاً من وقود النار فلا شيء عليه لأنه أزال المعصية عنه وإن كان ينتفع به مفصلاً ويصلح لما يصلح له مكسراً ضمن ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً لأنه أزال مع المعصية نفعاً مباحاً فلم يكن سقوط الضمان عن المعصية موجباً لسقوطه عن الإباحة وهكذا حال الطنبور والمزمار والملاهي المحرمات إن فصل خشبها فلا ضمان وإن كسره فإن كان لا يصلح إلا لها فلا ضمان وإن كان يصلح لغيرها ضمن ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وإِنْ أَرَاقَ لَهُ خَمْراً أَوْ قَتَلَ لَهُ خِنْزِيراً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَلَا قِيمَةَ لِمُحَرَّمٍ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ مِلْكٌ وَاحْتَجَّ عَلَى مَنْ جَعَلَ لَهُ قِيمَةَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لِأَنَّهُمَا مَالُه فَقَالَ أَرَأَيْتَ مَجُوسِيّاً اشْتَرَى بَيْنَ يَدَيْكَ غَنَماً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ وَقَذَهَا كُلَّهَا لِيَبِيعَهَا فَحَرَقَهَا مُسْلِمٌ أَوْ مَجُوسِيٌّ فَقَالَ لَكَ هَذَا مَالِي وَهَذِهِ ذَكَاتُهُ عِنْدِي وَحلَالٌ فِي دِينِيَ وَفِيهِ رِبْحٌ كَثِيرٌ وَأَنْتَ تُقِرُّنِي عَلَى بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ وَتَأْخُذُ مِنِي الجِزْيَةَ عَلَيْهِ فَخُذْ لِي قِيمَتَهُ فَقَالَ أَقُولُ لَيْسَ ذَلِكَ بِالَّذِي يُوجِبُ لَكَ أَنْ أَكُونَ شَرِيكاً لَكَ فِي الحَرَامِ وَلَا حَقَّ لَكَ قَالَ فَكَيْفَ حَكَمْتَ بِقِيمَةِ الخِنْزِيرِ وَالخَمْرِ وَهُمَا عِنْدَكَ حَرَامٌ؟».

قال الماوردي: أما بالتمسك بالخمر والخنزير فمعصية والقول فيه كالقول في الصليب ولا شيء على متلفها مسلماً كان أو ذمياً على مسلم أتلفه أو على ذمي ويعزر إن هجم على منازلهم أو بيعهم.

وقال أبو حنيفة إن أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلماً كان أو ذمياً وإن أتلفها على ذمي ضمنها المتلف مسلماً كان أو ذمياً فإن كان مسلماً ضمن قيمة الخمر وقيمة الخنزير استدلالاً في وجوب ضمانها للذمي بما روي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِي وَقِيلَ إِلَى سَمُرَةَ بِنِ جُنْدُبٍ فِي خُمُورِ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَنْ وَلُّهِمْ بَيْعَهَا وَخُذِ الْعُشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا، فكان الدليل فيه من وجهين:

أحدهما: أن جعل لها أثماناً والعقد عليها صحيحاً.

والثاني: أخذ العشر منها ولو حرمت أثمانها لحرم عشرها قال ولأنه متمول في عرفهم فوجب أن يكون مضموناً بإتلافه عليهم قياساً على غيره من أموالهم وقالوا ولأنه من أشربتهم المباحة فوجب أن يكون مضموناً بالإتلاف كسائر الأشربة قالوا ولأن ما استباحوه شرعاً ضمناه لهم وإن منعا منه شرعاً قياساً على بضع المجوسية يضمنه المسلم بمهر المثل في الشبه قالوا ولأن ما كان متمولاً عند مالكه ضمن بالإتلاف وإن لم يتمول عند متلفه قياساً على المصحف إذا أتلفه ذمي على مسلم.

ودليلنا رواية يزيد بن أبي حبيب عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول وهو بمكة عام الفتح «إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالأَصْنَامَ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهَا يُطْلَى بِهَا السُّفُنُ وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ فَقَالَ لاَ، هُوَ حَرَامٌ». ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ، وَإِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ شُحُومَهَا جَمَّلُوهُ ثُمَّ بَاعُوهُ ثُمَّ أَكَلُوا ثَمَنَهُ».

فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمته ولأن المرجع في كون الشيء مالاً إلى صنعته لا إلى صفه مالكه لأن صفات السيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالاً ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه في كونه مالاً كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالاً لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلده صار مالاً لمسلم وكافر فلما لم يكن الخمر والخنزير مالاً للكافر ولا يدخل عليه مال الحربي لأنه مال والسبي سبب لملكه ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أن كل ما لم يكن مالاً مضموناً في حق المسلم لم يكن مالاً مضموناً في حق الكافر كالميتة والدم. وإن شئت قلت كل عين لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بقيمتها أصله ما ذكرنا.

والثاني: أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الخمر لم يستحقه الكافر كالثمن ولأنه شراب مسكر فوجب ألا يستحق على متلفه قيمة كما لو أتلفه على مسلم ولأن كل عين لم يضمنها المسلم بإتلافها على المسلم لم يضمنها بإتلافها على الكافر كالعبد المرتد ولأن ما استبيح الانتفاع به من الأعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة فما حرم الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه قياسان: أن ما حرم نفعاً فأولى أن يحرم عوضاً قياساً عليه من كافر على مسلم ولأن تقويم الخمر للكافر على المسلم تقتضي في التقويم تفضيل الكافر على المسلم فلم يصح اعتباراً بقدر القيمة لما لم تقتضي اختلافها في

الدين اختلافاً فيه كذلك الجنس لا يقتضي اختلافها في الدين اختلافاً فيه وتحريره قياساً أن ما استويا فيه قدراً استويا فيه جنساً كالأموال إثباتاً والمستقذرات إسقاطاً. فأما الجواب عن حديث عمر رضي الله عنه وقوله: «وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا وَخُذِ الْعُشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا» فمن وجهين:

أحدهما: أن معناه أن ولهم ما تولوه من بيعها ولا تعترض عليهم فيما استباحوه منها وخذ العشر من أثمانها أي من أموالهم وإن خالطت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها.

والثاني: أنه محمول على العصير الذي يصير خمراً لإجماعنا وإياهم على تحريم بيعها خمراً وإباحته عصيراً وأما قياسهم على سائر أموالهم بعلة أنه متمول في عرفهم فمنتقض بالعبد المرتد وبما ذكره الشافعي رضي الله عنه من موقوذة المجوسي إن سلموه. ثم المعني في سائر أموالهم وفي الأشربة التي جعلوها أصلاً لثاني قياسهم أنه مضمون في حق المسلم فكان مضموناً في حق الكافر أو نقول لأنه مما يجوز أن تشغل ذمة المسلم بثمنه فجاز أن تشغل ذمته بقيمته والخمر مفارق لها في هذين المعنين. وأما قياسهم على بضع المجوسية فالمعنى فيه أن الإبضاع مضمونه بالشبهة فيما يحل ويحرم ألا ترى أن الأم تستحق المهر عند إصابتها بالشبهة كما تستحقه الأجنبية وليس كذلك حكم الأعيان استشهاداً في الطرد والعكس بالمباح منها والمحظور.

وأما قياسهم على المصحف بعلة أنه متمول عند مالكه فالجواب عنه إستشهادنا بأصلهم في المصحف في أن الاعتبار باعتقادنا دون اعتقادهم نصاً واستدلالاً. أما النص فقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ﴾ [المائدة ٤٩] وأما الاستدلال استدلالهم بالمصحف فلما اعتقدناه مالاً كان مضموناً لهم وعليهم وأن لم يعتقدوه مالاً. أولا ترى لو أن مسلماً ذبح على يهودي شاه فهو يعتقدها ميته لا يملك عنها عوضاً ونحن نعتقدها مالاً توجب بإتلافه عوضاً. ثم قد أجمعنا أنها لو استهلكت عليه بعد ذبح المسلم لها أنها مضمونة على متلفها لأننا نعتقدها مالاً فكذلك الحكم فيما لم نعتقده مالاً وإن اعتقدوه مالاً. والله أعلم.

فصل: فأما غير الخمر من المائعات النجسة فعلى ضربين:

أحدهما: ما كان نجساً في أصله.

والثاني: ما طرأت نجاسته بعد طهارته. فأما النجس في أصله كالدم والبول فلا يجب ثمنه ولا قيمته على متلف وأما ما طرأت نجاسته بعد طهارته فعلى ضربين:

أحدهما: ما لا ينتقل عن نجاسته كلبن الميتة والادهان. وإذا قيل لا تطهر بالغسل فلا يحل ثمن شيء من ذلك ولا قيمته على متلف.

والضرب الثاني: ما ينتقل عن نجاسته فيصير طاهراً كالماء النجس يطهر بالمكاثرة والأدهان وإذا قيل بجواز غسلها ففي جواز بيعها وإباحة ثمنها وجهان:

أحدهما: يجوز فعلى هذا يكون متلفها ضامناً لقيمتها.

والوجه الثاني: لا يجوز فعلى هذا لا ضمان على متلفها.

فصل: وإذا غصب خمراً فصار في يده خلاً صار حينئذ مضموناً عليه لكونه خلاً ذا قيمة فلو اختلفا بعد تلفه فقال المالك صار خلاً فعليك ضمانه وقال الغاصب بل تلف في يدي وهو خمر على حاله فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتباراً ببراءة ذمته فلو صار الخمر بعد غصبه خلاً ثم عاد الخل فصار خمراً ضمنه مع بقاء عينه لأنه بمصيره خمراً قد صار تالفاً فلو عاد ثانية فصار خلاً رده على المغصوب منه وهل يضمن قيمته مع رده على وجهين:

أحدهما: لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه.

والوجه الثاني: عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط بما لم يحدث في ملكه وهذان الوجهان من نقص المرض إذا عاد.

فصل: وإذا غصب واحد من خفين قيمتها معاً عشرة دراهم فاستهلكه وقيمة كل واحد منهما على انفراده درهمان ففي قدر ما يضمن وجهان:

أحدهما: يضمن درهمين وهو قيمة ما تفرد باستهلاكه ولكون نقص الانفراد داخلاً على المغصوب منه.

والوجه الثاني: أنه يضمن ثمانية دراهم درهمان منها قيمة المستهلك وستة هي ضمان النقص بالانفراد لأنها جناية منه كمن قطع إحدى كمي قميص قيمته عشرة دراهم فصارت قيمته بعد قطع الكم درهمين وكانت قيمة الكم بعد قطعه درهمين ضمن اتفاقاً جميع النقص وهو ثمانية دراهم كذلك في إحدى الخفين ولا قطع عليه ما ضمان النقط الزائد على قيمة الخف المسروق لأن قيمة الخف المنفرد درهمان وهي دون النصاب وإنما ضمن ذلك للنقص الذي يكمل به النصاب من غير إخراج له من الحرز فصار كالمستهلك له في الحرز والله أعلم.

فصل: فأما إذا غصب صكاً أو سجلاً أو كتاب عهدة فاستهلكه عليه كان عليه قيمته وإن قلت وسواء بطل احتجاج المالك بها في تثبيت أملاكه أم لا فلو لم يستهلك ولكن محا ما كان مثبتاً فيه من خط وثيقة فلا شيء عليه إلا أن ينقص بذلك من قيمة الكتاب شيء فيضمن ما نقص ولكن يعزر إن فعل ذلك إضراراً بمالكه وإبطالاً للوثيقة.

فصل: وإذا أطارت الريح ثوباً لرجل فألقته في دار آخر فلم يعلم صاحب الدار به حتى احترق بنار كان في داره أو بهيمة أكلته لم يضمن ولو علم به فأكلته البهيمة بعد علمه فإن لم يقدر على منعها حتى أكلته فلا ضمان عليه وإن قدر على منعها فعليه الضمان ولكن لو رآه عند حصول الثوب في داره فتركه فإن كان مالكه غير عالم به فعليه إعلامه فإن لم يعلمه به فهو ضامن وإن كان مالكه عالماً به فليس عليه إعلامه ولا ضمان عليه في تركه فإن أطارته الريح بعد تركه فهلك فإن لم يقدر على حفظه عند هبوب الريح فلا ضمان عليه وإن قدر على حفظه عند هبوبها ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه لأنه لم يكن منه ما يضمن به.

والوجه الثاني: عليه الضمان كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها وإن أمكن الفرق بينهما. فلو كان الثوب حين أطارته الريح إلى داره وقع في صبغ لصاحب الدار فشربه وانصبغ به فلا ضمان على واحد منهما لعدم التعدي منهما ثم نظر فإن أمكن استخراج الصبغ من الثوب واستخرجه ويكون نقص الثوب والصبغ هدراً وإن لم يمكن استخراجه كانا شريكين فيه بقيمة الثوب والصبغ على زيادته ونقصه.

فصل: وإذا سقط في دار رجل طائر مملوك فألفها وأقام فلا ضمان عليه ما لم تحصل له يد عليه ولا يلزمه إعلام صاحبه به سواء كان عالماً أو غير عالم بخلاف الثوب لأن الطير ممتنع وعوده بنفسه ممكن فلو دخل الطير إلى برج صاحب الدار فغلق عليه باب البرج فإن نوى بفعله تملك الطير ضمنه وإن لم ينو تملكه فلا ضمان عليه لأنه يملك التصرف في داره كيف شاء.

فصل: وإذا أشعل الرجل في داره ناراً فانتشرت حتى تعدت إلى دار جاره فأحرقتها نظر فإن كانت النار إذا انتشرت فيما هي فيه ولم تخرج عن حدود داره فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد بها، وإن كان انتشارها فيما هي فيه يخرجها عن حدود داره ضمن لأن من طبع النار انتشارها فيما وقعت فيه فصار متعدياً فضمن، وهكذا لو أجرى في أرضه ماء فتعدى إلى أرض غيره فغرقها فإن لم يكن له في أرضه مغيض ولا كان في حدودها ما يصده عن الخروج ضمن لما في طبع الماء من الجريان والله أعلم بالصواب.

مُخْتَصَرُ الشُّفْعَةِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ ثَلَاثَةِ كُتُبٍ مُتَفَرِّقَةٍ مِنْ بَيْنِ وَضْعٍ وَإِمْلَاءٍ عَلَى مُوَطَّإِ مَالِكٍ وَمِن اخْتِلَافِ الأَحَادِيثِ وَمِمَّا أَوْجَبْتُ فِيهِ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ، وَاللَّهُ الْمُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَعِيدٍ وَأَبِي سَلَمَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ»[1] وَوَصَلَهُ مِنْ غَيْرِ حَدِيثِ مَالِكٍ أَيُّوبُ وَأَبُو الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَ مَعْنَى حَدِيثِ مَالِكٍ وَاحْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي رَافِعٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ» وَقَالَ فَأَقُولُ لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ وَلِلْمُقَاسِمِ شُفْعَةٌ كَانَ لَصِيقاً أَوْ غَيْرَ لَصِيقٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّارِ طَرِيقٌ نَافِذَةٌ قُلْتُ لَهُ فَلِمَ أَعْطَيْتَ بَعْضاً دُونَ بَعْضٍ واسْمُ الْجِوَارِ يَلْزَمُهُمْ فَمُنِعَتْ مِنْ بَيْنِكَ وَبَيْنِهِ ذِرَاعٌ إِذَا كَانَ نَافِذاً وَأُعْطِيتْ مِنْ بَيْنِكَ وَبَيْنِهِ رَحَبَةٌ أَكْثَرَ مِنْ أَلْفِ ذِرَاعٍ إِذَا لَمْ تَكُنْ نَافِذَةً؟ فَقُلْتُ لَهُ فَالْجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا مَعْنَيَيْنِ لِكُلِّ جَارٍ أَوْ لِبَعْضِ الْجِيرَانِ دُونَ بَعْضٍ فَلَمَّا ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ لَا شُفْعَةَ فِيمَا قُسِّمَ دَلَّ عَلَى أَنَّ الشُّفْعَةَ لِلْجَارِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ دُونَ الْجَارِ الَّذِي قَاسَمَ وَحَدِيثُكَ لَا يُخَالِفُ حَدِيثَنَا لِأَنَّهُ مُجْمَلٌ وَحَدِيثُنَا مُفَسَّرٌ وَالْمُفَسَّرُ يُبَيِّنُ الْمُجْمَلَ قَالَ وَهَلْ يَقَعُ اسْمُ الْجِوَارِ عَلَى الشَّرِيكِ؟ قُلْتُ نَعَم امْرَأَتُكَ أَقْرَبُ إِلَيْكَ أَمْ شَرِيكُكَ؟ قَالَ بَلِ امْرَأَتِي لِأَنَّهَا ضَجِيعَتِي قُلْتُ فَالعَرَبُ تَقُولُ امْرَأَةُ الرَّجُلِ جَارَتُهُ قَالَ وَأَيْنَ؟ قُلْتُ قَالَ الأَعْشَى:

أَجَارَتُنَا بِينِي فَإِنَّكِ طَالِقَهْ ... وَمَوْمُوقَةٌ مَا كُنْتِ فِينَا وَوَامِقَهْ
أُجَارَتَنَا بِينِي فَإِنَّكِ طَالِقَهْ ... كَذَاكِ أُمُورُ النَّاسِ تَغْدُو وَطَارِقَهْ
وَبِينِي فَإِنَّ الْبَيْنَ خَيْرٌ مِنَ الْعَصَا ... وَأَنْ لَا تَزَالِي فَوْقَ رَأْسِكِ بَارِقَهْ
حَبَسْتُكِ حَتَّى لَامَنِي النَّاسُ كُلُّهُمْ ... وَخِفْتُ بِأَنْ تَأْتِي لَدَيَّ بِبَائِقَهْ
وَذُوقِي فَتَى حَيٍّ فَإِنِّيَ ذَائِقٌ ... فَتَاةً لِحَيٍّ مِثْلَ مَا أَنْتِ ذَائِقَهْ

فَقَالَ عُرْوَةُ نَزَلَ الطَّلَاقُ مُوَافِقاً لِطَلَاقِ الأَعْشَى (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَحَدِيثُنَا أَثْبَتُ إِسْنَاداً مِمَّا رَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ عَنْ عَطَاءٍ عَنْ جَابِرٍ وَأَشْبَهُهُمَا لَفْظاً وَأَعْرَفُهُمَا فِي الْفَرْقِ بَيْنَ

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٠٧ كتاب البيوع (٢٢١٣) ومسلم ٣/٢٢٩ كتاب المساقاة (١٣٤) والنسائي عن أبي سلمة بلفظ «الشفعة في كل مال لم يقسم فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة» ٧/٢٨٢.

الْمُقَاسِمِ وَبَيْنَ مَنْ لَمْ يُقَاسِمْ لأَنَّهُ إِذَا بَاعَ مُشَاعاً بَاعَ غَيْرَ مُتَجَزِّىءٍ فَيَكُونُ شَرِيكُهُ أَحَقَّ بِهِ لأَنَّ حَقَّهُ شَائِعٌ فِيهِ وَعَلَيْهِ فِي الدَّاخِلِ سُوءُ مُشَارَكَةٍ وَمُؤْنَةُ مُقَاسَمَةٍ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمَقْسُومُ».

قال الماوردي: أما الشفعة ففي تسميتها بذلك تأويلان:

أحدهما: أن الرجل كان إذا أراد أن يبيع داره أتاه جاره أو شريكه فشفع إليه فيما باع فشفّعه وجعله أولى ممن بعد سببه. فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعاً، وهذا قول أبي محمد بن قتيبة قاله في غريب الحديث.

والتأويل الثاني: سميت بذلك لأن طالبها جاء تالياً للمشتري فكان ثانياً بعد أول فسمي شفيعاً لأن الاثنين شفع والواحد وتر وسمي الطلب شفعة.

فصل: والحكم بالشفعة واجب بالنص والإجماع إلا من شذ عن الكافة من الأصم وابن علية فإنهما أبطلاها رداً للإجماع، ومنعاً من خبر الواحد، وتمسكا بظاهر قوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

وهذا خطأ لفحش من قائله لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر، ثم الإجماع عليه منعقد والعلم بكونه شرعاً واقعاً وليس في التمسك بقوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» ما يمنع من الشفعة لأن المشتري يعاوض عليهما بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه.

فصل: فإذا ثبت وجود الشفعة فهي مستحقة في عراص الأرضين ويكون ما اتصل بها من البناء والغراس تبعاً وإن كان المبيع منها مشاعاً كانت الشفعة فيه على قولين من أوجبها إجماعاً، وإن المبيع محوزاً فالذي عليه جمهور الناس أنها غير واجبة وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وعلي في أصح الروايتين ومن التابعين سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ومن الفقهاء ربيعة، ومالك، وأحمد وإسحاق وأهل الحرمين. وقال أبو حنيفة وصاحباه وسفيان والثوري: إن شفعة المحوزة مستحقة للجار وليس لهم فيها سلف وربما أضافوه إلى ابن مسعود.

وإن عفا الجار عنها كانت لمن يليه في القريب ثم لمن يليه إلى آخر الجوار إلا أن تكون الطريق نافذة فلا تجب لغير الجار الملاصق استدلالا برواية عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ قال: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ» وروي بِسُقْبِهِ يعني بقربه[1].

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٣٧ كتاب الشفعة (٢٢٥٨) والسقب بالسين المهملة وبالصاد أيضاً ويجوز فتح القاف وإسكانها: القرب والملاصقة. انظر فتح الباري ٤/٤٣٨.

وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ قال: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ أَوِ الأَرْضِ»[١].

وبرواية عبد الملك عن عطاء عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدَةً»[٢].
وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ»[٣].

وروى عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه أنه قال للنبي ﷺ: «إِنَّ أَرْضاً بِيعَتْ لَيْسَ لِي فِيهَا قَسْم وَلاَ شِرْبٌ» فقال النبي ﷺ: «أَنْتَ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِكَ يَا شَرِيدُ».

قالوا: ولأنه متصل بالبيع فجاز أن يستحق به الشفعة كالخلطة قالوا: ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفاً من سوء عشرة الداخل عليه.

هذا قد يوجد في الدار كوجوده في الخليط، فاقتضى أن تجب الشفعة للجار كوجود بها للخليط.

ودليلنا ما رواه الشافعي رضي الله عنه عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن أن النبي ﷺ قال: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلاَ شُفْعَةَ» وهذا وإن كان مرسلاً فمرسل سعيد عند الشافعي رضي الله عنه حسن، ثم قد رواه مسنداً عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلاَ شُفْعَةَ» فكان من هذا الحديث دليلان:

أحدهما: قوله: «الشفعة فيما لم يقسم» فكان دخول الألف واللام مستوعباً لجنس الشفعة فلم تجب في المقسوم شفعة.

---

(١) أخرجه أبو داود ٣٠٨/٢ كتاب البيوع (٣٥١٧) والترمذي ٦٥٠/٣ كتاب الأحكام (١٣٦٨) وأحمد في المسند ٨/٥ ـ ١٢ والطبراني في الكبير ٢٣٦/٧ وابن عدي في الكامل ٧٢٩/٢ والخطيب في التاريخ ٣٤٢/١٠ وذكره العجلوني في الكشف ٣٩٢/١.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣٠٣/٣ والدارمي ٢٧٣/٢ كتاب البيوع وأبو داود ٧٨٧/٣ كتاب البيوع (٣٥١٨) والترمذي ٦٥١/٣ كتاب الأحكام (١٣٦٩) وابن ماجة ٨٣٣/٢ كتاب الشفعة (٢٤٩٤).

(٣) قال ابن حجر: لم أجده، وقال ابن الجوزي: لا يعرف، وإنما روى سعيد بن منصور من مرسل الشعبي: «الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب» انتهى وأخرجه عبدالرزاق مثله، ورواه ابن أبي شية من وجه آخر عن الشعبي عن شريح قال: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار أحق ممن سواه» انظر الهداية ص ٢٠٣.

والثاني: قوله: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة.

فإن قيل: فإنما نفى الشفعة عنه بالقسمة الحادثة بعده ففيه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على عموم القسمة حادثة ومتقدمة.

والثاني: أنه إنما نفى الشفعة عن المقسوم بما أثبتها في غير المقسوم فلما أثبتها في غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع، وروى أبو داود عن أحمد بن حنبل عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنه قال: «إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ».

وهذا أقوى استدلالاً بالوجهين المذكورين من الأول؛ لأن في قوله: إنما إثباتاً لما اتصل بها ونفياً لما انفصل عنها كقوله ﷺ: «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ».

فإن قيل إنما نفى الشفعة بصرف الطرقات وهي للجار غير مصروفة؟ قيل: الطرقات التي تصرف بالقسمة مختصة باستطراق المشاع الذي يستطرقه الشريك ليصل به إلى ملكه فإذا وقعت به القسمة انصرف استطراقه من ملك شريكه فأما غيره من الطرقات المستحقة فلا تنصرف أبداً.

وروى ابن جريج عن الزهري عن أبي سلمة أو عن أبي سعيد أو عنهما جميعاً عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «قال رسول الله ﷺ: «إِذَا قُسِّمَتِ الأَرْضُ وَحُدَّتْ فَلَا شُفْعَةَ فيها»[1].

والدليل من طريق القياس هو أن تمييز «المبيع يمنع» من وجوب الشفعة فيه كالذي بينهما طريق نافذة لأن المبيع إذا لم يكن له حال يترقب فيها المقاسمة لم يثبت فيه الشفعة قياساً على مشاع الغراس والأبنية، ولأن أصول الشرع مقررة على الفرق بين أحكام المال المشترك وغير المشترك ألا ترى أن من أعتق حصة له من عبد قوم عليه باقيه ولا يقوم عليه غيره ولو أعتق بعض عبده عتق جميعه ولا يعتق غيره ولو بدأ إصلاح بعض حائطه حكم بإصلاح جميعه ولا يحكم بإصلاح غيره.

فكانت شواهد هذه الأصول توجب في الشفعة «إذا ثبتت في الشركة أن تنتفي عن غير الشركة لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر بها لا لدخول الضرر فيها، وفي وجوبها للجار

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥١٥) وابن ماجة (٢٤٩٧) والبيهقي في السنن الكبرى ١٠٤/٦ وابن عبد البر في التمهيد ٤٧/٧.

ضرر داخل لتقاعده بالمالك في بدل النجش من الثمن لتثبته بأن غيره لا يقدم على ابتياعها مع علمه بشفعته، ولا يوجد مثل ذلك في المشترك لأن الشريك يقدر على دفع هذا الضرر بمقاسمة شريكه وما كان موضوعاً لرفع الضرر لم يجز أن يدخل فيه الضرر لأن استحقاق الشفعة في المشترك إنما هو لضرر لا يقدر على دفعه وهو مؤونة القسمة وهذا المعنى معدوم في غير المشترك.

فأما الجواب عن قوله: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصُقْبِهِ» فمن وجهين:

أحدهما: أنه أبهم الحق ولم يصرح به فلم يجز أن يحمل على العموم في مضمر لأن العموم مستعمل في المنطوق دون المضمر.

والثاني: أنه محمول على أنه أحق بالفناء من الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار أو أن يكون مرتفقاً به، وقيل: بل هو في البادية إذا انتجعوا أرضاً فنزلوها كان جار المنزل المقارب لهم أحق بالمكان إذا رحل النازل عنه لصقبه والصقب عمود الخيمة على هذا الاستعمال، وتأويله على الاستعمال الأول القرب ومنه قول ابن قيس الرقيات:

كُوفِيَّةٌ نَازِحٌ مَحَلَّتُهَا لاَ أَمَم دَارُهَا وَلاَ صَقَبُ[1]

وأما الجواب عن الحديث الثاني من قوله ﷺ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ» فرواية الحسن عن سمرة واختلفوا في لقاء الحسن سمرة فقال بعضهم لم يلقه وقال آخرون لقيه ولم يرو عنه إلا حديثاً واحداً وليس هو هذا الحديث ثم لو سلم لكان عنه الجوابان المذكوران.

وأما الجواب عن الحديث الثالث من قوله ﷺ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِباً»[2] فرواية عبد الملك بن أبي سليمان وكان ضعيفاً وقال شعبة: لو روى عبد الملك حديثاً آخر مثل حديث الشفعة بطل حديثه. ثم يحتمل على تسليمه على عرض هذا المبيع على جاره.

وأما الجواب عن الحديث الرابع من قوله ﷺ: «الْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ» هو حديث منقطع وإن صح فمحمول على أنه أحق عند الطلب وقت الشراء.

وأما الجواب عن الحديث الخامس من قوله ﷺ للشريد: «أَنْتَ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِكَ يَا شَرِيدُ» فمحمول على ما ذكرنا.

---

(١) انظر ديوانه (٢) اللسان م [صقب] ٢٤٦٩/٣.

(٢) ضعيف أخرجه أبو داود ٣٠٨/٢ كتاب البيوع (٣٥١٨) وابن ماجة (٢٤٩٤) وأحمد في المسند ٣٠٣/٣ وابن عبد البر في التمهيد ٤٧/٧ والطحاوي في معاني الآثار ١٢٠/٤.

ثم لو سلم استدلالهم على هذه الأخبار لكان محمولاً على الجار الشريك لأن اسم الجوار يختص بالقريب، والشريك أقرب من اللصيق فكان أحق باسم الجوار وقد أطلقت العرب ذلك على الزوجة لقربها فسمتها جارة. قال الأعشى:

أَجَارَتَنَا بِينِي فَإِنَّكِ طَالِقَهْ ... وَمَوْمُوقَةٌ مَا كُنْتِ فِينَا وَوَامِقَهْ
وَبِينِي فَإِنَّ الْبَيْنَ خَيْرٌ مِنَ الْعَصَا ... وَأَنْ لَا تَزَالِي فَوْقَ رَأْسِي بَارِقَهْ
أَجَارَتَنَا بِينِي فَإِنَّكِ طَالِقَهْ ... كَذَلِكَ أُمُورُ النَّاسِ تَغْدُوا وَطَارِقَهْ
حَبَسْتُكِ حَتَّى لَامَنِي النَّاسُ كُلُّهُمْ ... وَخِفْتُ بِأَنْ تَأْتِي لَدَيَّ بِبَائِقَهْ
وَذُوقِي فَتَى حَيٍّ فَإِنِّي ذَائِقٌ ... فَتَاةً لِحَيٍّ مِثْلَ مَا أَنْتِ ذَائِقَهْ[1]

وكان السبب في قول الأعشى ذلك أنه تزوج امرأة كرهه قومها وأخذوه بالنزول عنها فلم يقتنعوا منه بالطلقة الأولى ولا بالثانية فلما طلقها الثالثة كفوا عنه فعند ذلك قال عروة بن الزبير نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى.

وأما الجواب عن قياسهم على الخلطة فالمعنى فيها الخوف من مؤونة القسمة.

وأما الجواب عن قولهم: بأنها وجبت في الخلطة تخوفاً من سوء عشرة الداخل عليه؛ فهو أن سوء العشرة مما يجب منع السلطان منه فصار مقدوراً على دفعه بغير الشفعة وإنما وجبت الشفعة لأجل ما لا يمكن دفعه إلا بالشفعة وليس ذلك إلا مؤونة القسمة لأنها حق لا يمكن دفعه عند طلبها إلا بالشفعة.

فصل: فإذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطة دون الجوار فالكلام في الشفعة يشتمل على أربعة فصول:

أحدها: ما تجب به الشفعة.

---

(١) ذكرت هذه الأبيات في ديوانه هكذا:

يَا جَارَتِي بِينِي، فَإِنَّكِ طَالِقَهْ ... كَذَاكِ أُمُورُ النَّاسِ غَادٍ وَطَارِقَهْ
وَبِينِي، فَإِنَّ الْبَيْنَ خَيْرٌ مِنَ الْعَصَا ... وَإِلَّا تَزَالُ فَوْقَ رَأْسِكِ بَارِقَهْ
وَمَا ذَاكَ مِنْ جُرْمٍ عَظِيمٍ جَنَيْتِهِ ... وَلَا أَنْ تَكُونِي جِئْتِ فِينَا بِبَائِقَهْ
وَبِينِي حِصَانَ الْفَرْجِ غَيْرَ ذَمِيمَةٍ ... وَمَوْمُوقَةً فِينَا، كَذَاكِ وَوَامِقَهْ
وَذُوقِي فَتَى قَوْمٍ، فَإِنِّي ذَائِقٌ ... فَتَاةَ أُنَاسٍ مِثْلَ مَا أَنْتِ ذَائِقَهْ
فَقَدْ كَانَ فِي شُبَّانِ قَوْمِكِ مَنْكَحٌ ... وَفِتْيَانِ هِزَّانَ الطِّوَالِ الْغَرَانِقَهْ

انظر ديوان الأعشى (١١٧)

والثاني: ما يجب فيه الشفعة، والثالث: من تجب له الشفعة، والرابع: ما تؤخذ به الشفعة.

فأما الفصل الأول: وهو ما تجب به الشفعة، فهو انتقال الملك بعقود المعاوضات.

والعقود على ثلاثة أقسام: قسم يجب فيه العوض، وقسم لا يجب فيه العوض، وقسم اختلف قوله في وجوب العوض فيه.

فأما الموجب للعوض فخمسة عقود: البيع، والإجارة، والصلح، والصداق، والخلع. فالشفعة بجميعها مستحقة كالبيع لانتقال الملك بها عوضاً أو معوضاً وسنشرح حال كل واحد منهما في موضعه.

وأما ما لا يوجب العوض إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصية فلا شفعة به لأن ما لا ينقل الملك لا يستحق به نقل الملك وما لا عوض فيه لا معوض فيه.

فأما إذا قال الرجل لأم ولده إذا خدمت ورثتي سنة بعد موتي فلك هذا الشقص فخدمتهم سنة بعد موته فاستحقت الشقص و اختلف أصحابنا هل يغلب في ملكها للشقص حكم المعاوضات أو حكم الوصايا على وجهين:

أحدهما: أن حكم المعاوضات عليه أغلب لأنها استحقته بخدمتها فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه أن حكم الوصايا عليه أغلب لأمرين:

أحدهما: اعتباره من الثلث، والثاني: ملكه الشقص عمن لم يملك الخدمة فعلى هذا يكون وصية على صفة بعد الموت ولا شفعة فيها.

وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فيه فعقد الهبة اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها فقال في القديم والإملاء بوجوب المكافأة عليها فعلى هذا تجب الشفعة بها بالثواب الذي تجب به المكافأة. فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدراً معلوماً كان على قولين:

أحدهما: قاله في الإملاء، إن الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح.

والقول الثاني: أن الهبة بشرط الثواب باطلة، و الشفعة فيها ساقطة لأن تقدير العوض

فيها يجعلها بيعاً والبيع بلفظ الهبة باطل، فهذا حكم الهبة على قوله في القديم والإملاء، وقال في الجديد: إن المكافأة على الهبة غير واجبة فعلى هذا لا شفعة بها ويكون انتقال الملك بها في سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث فهذا حكم الفصل الأول.

فصل: وأما الفصل الثاني وهو ما تجب فيه الشفعة فهي عراص الأرضين وما يتبعها متصلاً دون غيرها، وجملة الأشياء أنها على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما وجبت فيه الشفعة مقصوداً وهي عراص الأرضين المحتملة لقسمة الإجبار، فإن لم تحتمل قسمة الإجبار لصغرها كالطريق الضيقة وبياض البير فلا شفعة فيه، وقال أبو العباس بن سريج: يجب فيه الشفعة تعليلاً بسوء المشاركة واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة وبه قال أبو حنيفة وعند الشافعي رضي الله عنه أنه لا شفعة فيها تعليلاً في وجوبها بالخوف من مؤونة القسمة وأن ما لا ينقسم جبراً فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤونة القسمة.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا شُفْعَةَ فِي فَنَاءٍ وَلَا طَرِيقٍ وَلَا مُنْقَبَةٍ وَلَا رُكْحٍ وَلَا رَهْوَةٍ»[1] قال أبو عبيد: «المنقبة: الطريق الضيقة بين الدارين، والركح: ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء لا بناء فيه، يعني إذا كان للسابلة والمارة، والرهوة: الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره».

والقسم الثاني: ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء والغرس، إن كان مبيعاً مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعاً للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمة الإجبار وإن لم تحتملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي رضي الله عنه ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريج وهو قول أبي حنيفة.

وإن كان البناء والغرس منفرداً عن الأرض في البيع فلا شفعة فيه عند الشافعي رضي الله عنه وأبي حنيفة.

وقال مالك تجب الشفعة في البناء المفرد وفي الغراس وفي الثمار والمقاتي والمباطح لاتصاله بعراص الأرض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» فجعل حدود القسمة شرطاً في إبطال الشفعة فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه على القسمة، ولأن البناء والغراس تبع لأصله فلما لم يستحق في الأرض شفعة لخروجها عن العقد لم يجب في البناء والغراس شفعة وإن دخلت في العقد.

فإذا تقرر أن لا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغراس، وكانت دار ذات علو مشترك

---

(١) أخرجه الهروي في الغريب ١٢١/٣.

وسفلها لغير الشركاء في علوها فباع أحد الشركاء في العلو حقه نظر في السقف فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة في الحصة المبيعة من العلو لأنها بناء منفرد وإن كان السقف لأرباب العلو ففي وجوب الشفعة في الحصة المبيعة منه وجهان: أصحهما: لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضا، والوجه الثاني: فيه الشفعة لأن السقف كالعرصة.

ولقول الشافعي رضي الله عنه في كتاب الصلح: «إن السقف أرض لصاحب العلو ولأنه إذا حاز أحدهما حصته من البناء والسقف أمكن سكناه كالأرض».

القسم الثالث: ما لا تجب فيه الشفعة لا مقصوداً ولا تبعاً وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرناه وقال عطاء بن أبي رباح: الشفعة واجبة في كل مشترك في متاع وحيوان وغيره من صنوف الأموال، وسيأتي الكلام معه.

فصل: وأما الفصل الثالث وهو من تجب له الشفعة فهو الخليط في الملك المبيع دون الجار وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في شفعة الجوار، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم وبين أن يكون قليل السهم حتى لو خالط بسهم من ألف سهم استحق به الشفعة، وإن كان الخلطاء عدداً، كانت بينهم على ما سنذكره ولا فرق في خليط المالك إذا استقر ملكه بين أن يملك حصته بابتياع أو ميراث أو وصية أو هبة من بائع الشقص أو من غيره لأنه مالك قد يستضر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤونة المقاسمة. وأما إن كانت حصة الخليط وقفاً نظر في الوقف.

فإن كان عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين، أو على خاص لا يملك كالوقف على جامع أو مسجد فلا يستحق به شفعة في المبيع.

وإن كان خاصاً على مالك كالوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الموقف فأما الموقوف عليه فقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه هل يكون مالكاً لرقبة الوقف أم لا على قولين:

أحدهما: لا يكون مالكاً لرقبته وإنما يكون مالكاً لغلته فعلى هذا لا شفعة له لعدم ملكه.

والقول الثاني: يكون مالكاً لرقبة الوقف فعلى هذا في استحقاقه للشفعة به وجهان:

أحدهما: يستحق به الشفعة لثبوت ملكه، واستضراره بسوء المشاركة.

والوجه الثاني: لا شفعة له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف. ثم الشفعة تجب للأب على ابنه وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللمرأة على زوجها وللسيد على مكاتبه

وللمكاتب على سيده ولا يستحقها السيد على عبده ولا على مدبره ولا على أم ولده ولا يستحقها أحدهم على سيده.

فصل: وأما الفصل الرابع: وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو ما جعل بدلاً عن الشقص المنقول الملك من ثمن إن كان في بيع أو أجرة المثل إن كان في إجارة أو مهر المثل إن كان في صداق على ما سيأتي بيانه مفصلاً إن شاء الله تعالى.

فأما إن كاتب الرجل عبده على مال رجل كان له عليه فصالحه العبد المكاتب عن مال نجمه على شقص من دار فالشفعة للشريك واجبة بمثل مال النجم لأن السيد ملكه عوضاً عنه، فإن أخذه الشفيع بمثله ثم أدى المكاتب أو عجز فهو على ملكه فيما أخذه بشفعته وإن تأخر أخذه حتى عجز أو رق ففي الشفعة وجهان:

أحدهما: قد بطلت: لأن المكاتب إذا عجز صار ماله لسيده بالملك لا بالمعاوضة،

والوجه الثاني: أن الشفعة واجبة لأن السيد ابتدأ ملك الشقص بالمعاوضة فلا اعتبار بما أفضى إليه من سقوط المعاوضة.

وأما الإقالة فقد قال أبو حنيفة هي بيع ويستحق بها الشفعة وقال أبو يوسف ومحمد إن كانت بعد القبض فهي بيع وإن كانت قبله فهي فسخ لا تجب بها الشفعة.

وعند الشافعي رضي الله عنه أنها فسخ في الحالين ولا يستحق بها شفعة؛ لأنه لا يثبت فيها خيار ولا يجوز أن يزاد في الثمن ولا أن ينقص منه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلاَ شُفْعَةَ إلاَّ فِي مُشَاعٍ وَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْبَيْعُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، وإنما أخذها بالثمن لرواية بعضهم ذلك عن النبي ﷺ نصاً، ولأنه يدخل مدخل المشتري فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذ المشتري، ولأن عدولهما عن الثمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة:

إما أن يأخذه بمايرضى به المشتري، وفي ذلك ضرر على الشفيع لأنه قد لا يرضى إلا بأضعاف الثمن؛ وإما أن يأخذه بما يرضى به الشفيع وفي ذلك ضرر على المشتري لأنه قد لا يرضى إلا ببعض الثمن، وإما أن يأخذه بالقيمة فقد تكون أقل من الثمن فيستضر المشتري وقد تكون أكثر من الثمن فيستضر الشفيع. وإذا بطلت هذه الأحوال ثبت أخذها بالثمن.

فصل: فإذا ثبت أن الشفيع يأخذه بالثمن فلا يخلو أن يكون الثمن إما أن يكون له مثل كالدراهم والدنانير والبر والشعير، أو مما لا مثل له كالحيوان والعروض. فإن كان مما له مثل

أخذه بمثله جنساً، وصفة، وقدراً، وإن كان مما لا مثل له كالعبد، أخذه الشفيع بقيمته في أقل الأحوال من وقت العقد إلى وقت تسليم المشتري له إلى البائع لأنه إذا زاد فالزيادة حادثة في ملك البائع لم يتناولها العقد، وإن نقص فالنقصان مضمون على المشتري فخرج من العقد.

فصل: ولو كان الثمن ألف درهم فدفعها المشتري إلى البائع فوجدها البائع زيوفاً فهو بالخيار بين أن يسامح وبين أن يبدلها، فإن رضي بها فللشفيع أن يأخذ الشقص بألف درهم جياداً.

ولو كان الثمن عبداً فاعور العبد في يد المشتري فللبائع الخيار بين فسخ البيع ورد العبد وبين الرضا بالعور وإمضاء البيع فإن رضي بالعور أخذه الشفيع بقيمة العبد أعور وقال أبو حنيفة: يأخذه بقيمته سليماً كما يأخذه بمثل الألف جياداً لأنه ليس الرضا بالعيب الحادث خطأ في الثمن. وهذا خطأ؛ لأن رضاه بعينه رضاً منه بأنه هو الثمن بعينه، والفرق بين العبد والألف: أن عور العبد لما أحدث له خيارا، أثر في فسخ البيع، وإذا استخف بها أخذ بدلها فصار الجيد ثمناً له.

فصل: وإذا اشترى شقصاً من دار بمائة دينار ثم وجد به عيباً نقصه عشر الثمن فصالحه البائع من العيب على جارية، ثم حضر الشفيع فله أخذ الشقص بتسعين ديناراً؛ لأن المشتري قد استرجع من المائة عشر دنانير فإن دفع البائع إلى المشتري العشرة التي هي أرش العيب فقد وصل إلى حقه من تمام الثمن ولا مطالبة بينه وبين الشفيع وان امتنع البائع من دفعها ولم يرض إلا برد المبيع لم يجبر على بذل الأرش، وقيل للشفيع: إن دفعت إلى المشتري عشرة دنانير ليستكمل بها المائة التي دفعها ثمناً حقت لك الشفعة، وإن امتنعت لم تجبر على دفعها ولزمك رد الشقص على المشتري واسترجاع التسعين التي دفعتها، فإذا عاد الشقص إلى المشتري كان بالخيار بين أن يأخذه معيباً بالمائة كلها وبين أن يرده.

فإن رضي أن يأخذه بالمائة فلا شفعة للشفيع إن عاد مطالباً بها، لأنها قد عرضت عليه بالمائة فردها، فلو أن الشفيع أنكر تقدم العيب وتصادق عليه البائع والمشتري كان القول قول الشفيع مع يمينه على العلم دون البت، ولا يصدقان في الازدياد عليه فإن نكل الشفيع حلف المشتري دون البائع؛ لأنه هو المستدرك لنقص العيب فإن حلف كان الشفيع مخيراً بين العشرة دراهم تكملة المائة أو الرد.

فصل: وإذا باع الرجل في مرضه شقصاً بألف درهم وهو يساوي ثلاثة آلاف درهم إلا أنه حاباه في ثمنه بألفي درهم فللمشتري وللشفيع ثلاثة أحوال:

إحداهن: أن يكونا أجنبيين من البائع، والثانية: أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً، والثالثة: أن يكون المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً.

فأما الحالة الأولى: وهو أن يكونا أجنبيين فلا يخلو حال البائع من أن يملك مالاً غير الشقص أو لا، فإن كان يملك مالاً تخرج المحاباة من ثلثه صحت المحاباة وأخذ المشتري الشقص بألف درهم وللشفيع أن يأخذه منه بالألف لأنه يملك الشفعة بالثمن مسترخصاً كان أو غالياً، وإن كان البائع لا يملك غير الشقص، فللمشتري الخيار في أن يأخذ الشقص بألف درهم أو يرد ليحصل له نصف المحاباة وبين ألف تكون ثلث التركة ويرجع إلى الورثة ثلث الشقص وقيمة ألف مع ألف حصلت لهم ثمناً فيصير مثلي المحاباة بالألف ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثي الشقص العائد للمشتري بالألف.

وأما الحالة الثانية وهو أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً. فالمحاباة باطلة وإن خرجت من الثلث؛ لأنها وصية لوارث والمشتري بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألف وبين أن يرده فإن أخذ ثلثه بالألف فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف وإن رده المشتري عرض على الشفيع قبل رده فإن رضي أن يأخذ ثلث الشقص بالألف كان أحق وبطل رد المشتري؛ لأنه يرده ليحصل له الثمن الخارج من يده، وقد حصل له ذلك من جهة الشفيع فوصل إلى حقه، ومنع من إبطال حق الشفيع برده كما يمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضي الشفيع به وتكون عهدة الشفيع على المشتري. فلو أن باقي الورثة أجازوا للوارث محاباته، وأعطوه الشقص كله بالألف جاز، وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على اختلاف قوليه في إجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء:

أحدهما: أنه إمضاء فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف.

والثاني: أنه ابتداء عطية، فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالألف ويخلص للمشتري ثلثاه لأنها عطية له خالصة.

وأما الحالة الثالثة: وهو أن يكون المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً فللمحاباة وهي ألف درهم ثلاثة أحوال: حال يحتمل الثلث جميعها، وحال لا يحتمل الثلث شيئاً منها، وحال يحتمل الثلث بعضها. فإن لم يحتمل الثلث شيئاً منها لإحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة، وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الشقص بالألف، أو رده فإن أخذه كان الشفيع أحق به، وإن كان وارثاً لأنه لا محاباة فيه. وإن احتمل الثلث جميع المحاباة لأنه ذو مال يخرج الألفان من ثلثه فالمحاباة بثلثي الشقص، وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص

المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص، وفيها أربعة أوجه حكاها ابن سريج:

الوجه الأول: أنها جائزة للمشتري والشفيع؛ لأن المشتري مقصود بها فصحت له، والشفيع داخل عليه فوجبت له فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف درهم، وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف، ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائرة إليهم ثمناً.

والوجه الثاني: أن المحاباة جائزة للمشتري دون الشفيع؛ لأن المشتري ممن يصح محاباته وهو بها مقصود، والشفيع ممن لا تصح محاباته وهو بها غير مقصود فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع إلى الورثة الثلث فيصير الشقص أثلاثاً: ثلثه للورثة لأن الثلث لا يحتمله، وثلثه للمشتري لأنها محاباة له، وثلثه للشفيع بعد رد المحاباة التي لا تصح له.

والوجه الثالث: أن المحاباة باطلة للمشتري وللشفيع جميعاً؛ لأنها قد تفضي إلى الشفيع الذي لا يصح له أن يملكها، وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفرد عنها فعلى هذا للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالألف، وللشفيع أن يأخذ منه بالألف ويرجع الثلثان على الورثة.

والوجه الرابع: أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عفا الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشتري وأخذ ثلثي الشقص بالألف ورجع الثلث إلى الورثة، وإن طالب بالشفعة بطلت المحاباة للمشتري وأخذ ثلث الشقص بالألف ويأخذه الشفيع منه بالألف ويرجع الثلثان إلى الورثة.

فأما إذا كان الشفيع وارث المشتري وهما أجنبيان من البائع صحت المحاباة للمشتري واستحق الشفيع المحاباة بشفعته؛ لأنها ليست محاباة من المشتري ألا ترى أنه يأخذها منه جبراً بلا اختيار.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ عَلِمَ فَطَلَبَ مَكَانَهُ فَهِيَ لَهِ وَإِنْ أَمْكَنَهُ فَلَمْ يَطْلُبْ بَطُلَتْ شُفْعَتُهُ».

قال الماوردي: اعلم أن الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالأخذ، فإذا بيع الشقص، ووجبت فيه الشفعة، لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين: إما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم، فإن لم يعلم بالبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وإن تطاول به الزمان كالمشتري إذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم فأما إذا علم بالبيع فله حالان:

أحدهما: أن يكون قادراً على الطلب، **والحال الثاني:** أن يكون معذوراً فإن كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يبادر إلى الطلب فهو على حقه من الشفعة ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الأخذ بها؛ لأنها تثبت بنص، أو إجماع وإنما يفتقر إلى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده.

فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب: انظروني بالثمن واحكموا لي بالملك لم يجز، وهكذا لو قال: احكموا لي بالملك حتى أُحضر الثمن، لم يجز أن يحكم بالملك حتى يكون الثمن حاضراً، فلو أحضر رهناً بالثمن، أو عوضاً عنه لم يجز أن يحكم له بالملك لأنه لا يجوز أن يزيل الضرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشتري بالتأخير.

فإن سأل الوقف حتى يحضر الثمن جاز أن ينظره الحاكم يوماً، أو يومين وأكثره ثلاثاً، فإن جاء بالثمن كان على حقه من الشفعة، وإن أخره عن المدة التي أنظره الحاكم بها بطلت شفعته.

فصل: والحال الثاني من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع أن يعفو عن الشفعة، والعفو على ضربين: صريح وتعريض، فالصريح أن يقول قد عفوت عن الشفعة، أو تركتها، ونزلت عنها فهذا مبطل لشفعته.

والتعريض أن يساوم المشتري في الشقص أو يطالبه بالقسمة، أو يستأجره منه أو يساقيه عليه.

فهل يكون التعريض بهذه الألفاظ كصريح العفو في إبطال الشفعة أم لا؟ على قولين نص عليهما في القديم:

أحدهما: أنه كالصريح في إبطال الشفعة لاشتراكهما في المقصود بالعفو.

والقول الثاني: أنه على حقه ما لم يصرح بالعفو لما فرق الله تعالى به في الخطبة بين حكم التعريض والتصريح.

فأما قوله للمشتري: بارك الله لك في صفقتك، فليس بعفو صريح ولا تعريض؛ لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة في صفقته، وهكذا لو شهد للمشتري في ابتياعه لم يكن عفواً صريحاً، ولا تعريضاً؛ لأن الشهادة وثيقة في البيع الذي بتمامه يستحق الشفعة وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً.

وأما أن قال سأعفو، أو قال إن شئت عفوت فليس ذلك عفواً.

فصل: والحالة الثالثة: من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ أن يمسك عن الطلب ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدهما: وهو قوله في الجديد والإملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت بانقضاء زمان المكنة وأن حق طلبها على الفور.

والقول الثاني: أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت.

قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب السير قال: وهذا استحسان وليس بأصل.

والقول الثالث: أن حق الشفعة ممتد على التراخي من غير تقدير بمدة وبه قال في القديم. فإذا قيل بالقول الأول إن حق الشفعة على الفور وبه قال أبو حنيفة فوجهه ما روي عن النبي ﷺ: «الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ عِقَالٍ فَإِنْ أَخَذَهَا فَهِيَ لَهُ، وَإِنْ تَرَكَهَا رَجَعَ بِاللاَّئِمَةِ عَلَى نَفْسِهِ»؛ ولأن حق الشفعة موضوع لإزالة الضرر فاقتضى أن تكون على الفور كالرد بالعيب، ولأن في استدامتها إدخال ضرر على المشتري مستديماً إذ ليس يعلم بقاء ملكه فيتصرف، ولا زوال ملكه فيطالب بالثمن، وأن ما وضع لإزالة الضرر لم يجز أن يدخل به أعظم الضرر، فعلى هذا القول يعتبر بالمكنة المعهودة من غير إرهاق ولا عجلة.

فإذا علم مكن بعد العلم من لبس ثوبه، وجمع ماله، وغلق بابه، وصلاة وقته فإذا توجه إلى المشتري مشى على مهل كعادته، فإذا ألقى المشتري جاز أن يبدأ بالسلام عليه قبل المطالبة، وقال محمد بن الحسن: إن قدم السلام على المطالبة بطل حقه من الشفعة، وهذا خطأ لما فيه من ترك السنة المأثورة، وخرق العادة المستحسنة.

ولكن لو حادثه بعد السلام وقبل المطالبة بطل حقه من الشفعة، وعلى هذا لو طلب ثم أمسك بعد الطلب من غير صريح بالعفو ولا تعريض بطلت شفعته حتى يكون مستديماً للطلب بحسب المكنة.

وقال أبو حنيفة: «شفعته باقية أبداً إذا قدم الطلب ما لم يصرح بالعفو».

وقال محمد بن الحسن: «شفعته باقية في زمان إمساكه إلى مدة شهر فإن طلب بعده وإلا سقطت شفعته وكلا المذهبين، لأن المقصود بالطلب الأخذ فإذا أمسك عنه لم يكن للطلب تأثير، وبطل بالإمساك خياره.

فصل: وإذا قيل بالقول الثاني: إن حق الشفعة مقدر بثلاثة أيام بعد المكنة، فوجهه أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في الأخذ أو الترك، ولإجبار المشتري في حسن المشاركة فيقرأ وفي سوء المشاركة ليصرف، فلو روعي فيه الفور ضاق

على الشفيع، ولو جعل على التأبيد أضر بالمشتري فاحتيج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى التماس حظه ولا يستضر المشتري بتأخيره فكان أولى الأمور في تقديرها بثلاثة أيام خلاف ما قال مالك في تقديرها بسنة في رواية ابن وهب وبأربعة أشهر في رواية غيره لأمرين:

أحدهما: أن الثلاث حد في الشرع لمدة الخيار.

والثاني: أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة، ألا ترى أن الله تعالى قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثاً لقوله تعالى: ﴿تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب﴾ [هود: ٦٥]. وقد أذن النبي ﷺ للمهاجر أن يقيم في مكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً، فعلى هذا لو حصل في خلال الثلاثة أيام زمان تتعذر فيه المطالبة لم تحسب منها، لقوله زمان يتمكن في جميعها بالمطالبة.

فصل: وإذا قيل بالقول الثالث: إن حق الشفعة على التراخي فوجهه قوله ﷺ «فإن باع فشريكه أحق به حتى يؤذنه» فكان على عموم الأوقات ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون، ولأن تأخير الشفعة أرفق بالمشتري في حصول الشفعة ويملك الغلة والأجرة، فعلى هذا في الذي يسقط حقه من الشفعة ثلاثة أقاويل:

أحدهما: العفو الصريح دون غيره من التعريض وليس للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع إليه لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق كالديون.

والثاني: أن شفعته تسقط بأحد أمرين:

إما بالعفو الصريح، أما بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا، والقول الثالث إن شفاعته تسقط بأحد ثلاثة أمور إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعرض أو بأن يحاكمه المشتري إلى القاضي فيلزمه الأخذ أو الترك، فإن أخذه لا حكم عليه بإبطال الشفعة؛ لأن القاضي مندوب إلى فصل الخصومات، وقطع المنازعات.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة لم يجز أن يشترط فيه خيار الثلاث، وفي استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم بن كج:

أحدهما: له خيار المجلس؛ لأنه يخلف عقد البيع.

والثاني: لا خيار له لأنه يملك الشقص ملك إجبار لا عن مراضاة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ عَلِمَ فَأَخَّرَ الطَّلَبَ فَإِنْ كَانَ لَهُ عُذْرٌ مِنْ حَبْسٍ أَوْ غَيْرِهِ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ وَإِلَّا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ وَلَا يَقْطَعُهَا طُولُ غَيْبَتِهِ وَإِنَّمَا يَقْطَعُهَا أَنْ يَعْلَمَ فَيَتْرُكَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب إما لغيبة أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقدر على التوكيل في الطلب له، فإن وكل كان على حقه من الشفعة بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز، وكان على شفعته، لأن من ثبت له حق فله الخيار في استيفائه بنفسه أو وكيله، وهل إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه يكون التوكيل واجباً عليه وشرطاً في بقاء شفعته أم لا، على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي حامد المروزي نص عليه في جامعه: أن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري نص عليه في إفصاحه أن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض لأن في بذل العوض التزام غرم وفي التطوع به منة لاحقة.

والوجه الثالث: هو قول بعض المتأخرين: إن وجد متطوعاً بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر وإن لم يجد إلا مستعجلاً لم يجب عليه التوكيل لما فيه التزام زيادةعلى الثمن.

فعلى هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفعته إن لم يوكل، وإن قيل إنها غير واجبة كان على شفعته.

فصل: والحالة الثانية: أن يعجز على التوكيل ويقدر على الإشهاد بالطلب فعند أبي حنيفة أن الإشهاد شرط في استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب والعجز عنه، وأنه متى لم يشهد مع مكنته من الإشهاد بطلت شفعته، وعند الشافعي رضي الله عنه أن الإشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب لأن الإشهاد إنما يراد ليكون بينة له على إرادة الطلب فاستغنى عنه بظهور الطلب.

فأما وجوب الإشهاد مع العجز عن الطلب ففيه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر نصه ها هنا: أن الإشهاد ليس بواجب وهو على شفعته إن تركه كالقادر على الطلب.

والقول الثاني: أن الإشهاد واجب وتركه مبطل للشفعة، والفرق بين القادر على الطلب والعاجز عنه، أن ظهور الطلب من القادر عليه يغني عن الإخبار بمراده والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون إمساكه تركاً للشفعة، ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة فافتقر إلى نفي الاحتمال في الإخبار عن مراده بالإشهاد، فعلى هذا يجب أن يشهد ويكون بينة كاملة عند

الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهداً وامرأتين، فإن أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز؛ لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالإشهاد.

ولو أشهد عبيداً، أو صبياناً، أو فساقاً لم يجزه.

وقال أبو حنيفة: يجزيه إشهادهم، لأنه قد تعتق العبد، ويرشد الفساق، ويبلغ الصبيان، وهذا خطأ، لأن مقصود الشهادة هو الأداء فلم ينفع إشهاد من لا يصح منه الأداء، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم عن أحوالهم بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم، فلو لم يشهد وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من الشهادة في ثبوت الشفعة.

فصل: والحالة الثالثة: أن يعجز عن التوكيل والإشهاد فهو على حقه من الشفعة وإن تطاول به الزمان ما لم يقدر على القدوم للطلب فإن قدر على القدوم فأخذ فيه على المعهود والمسير من غير إرهاق ولا استعجال كان على شفعته، وإن أخر قدومه عن وقت المكنة بطلت شفعته، فإن اختلفا فقال المشتري أخرت القدوم مع القدرة عليه، وقال الشفيع أخرته للعجز عنه فالقول قول الشفيع مع يمينه إذا كان ما قاله ممكناً، ويكون على شفعته ولا يقبل قول المشتري في إبطالها، وهكذا لو قال المشتري قدمت لغير المطالبة، وقال الشفيع قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه وهو على شفعته وهكذا لو قال المشتري تقدم علمك عل زمان الطلب وقال الشفيع لم أعلم إلا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه.

فصل: فأما ما يصير به عالماً فالبينة العادلة وكل خبر وقع في نفسه صدقه ولو من امرأة أو عبد، أو كافر، ولأن ما تعلق بالمعاملات يستوي فيه خبر الحر والعبد والعمل والفاسق إذا وقع في النفس أن المخبر صادق.

وقال أبو حنيفة: لا يصير عالماً إلا بالبينة العادلة لأن الحق لا يثبت إلا بها.

ولو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الطلب لجهله باستحقاق الشفعة ففي بطلانه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الأمة إذا أعتقت تحت عبد فأمسكت عن الفسخ لجهلها باستحقاقه.

فصل: وإذا تبايعا بالبصرة شقصاً من دار بمصر وحضر الشفيع مطالباً فأخر طلبها مع القدرة عليه ليأتي مصر فيطالبه بها بطلت شفعته، لأن قدرته على أخذها بالبصرة كقدرته على أخذها بمصر ولكن لو أنكره المشتري بالبصرة أنه خليط فأخرها ليقيم البينة بمصر كان على شفعته إذا لم يجد بينة بالبصرة، واختلف أصحابنا فيما تشهد به البينة في استحقاق الشفعة على وجهين:

أحدهما: أنه لا شفعة لـه إلا أن تشهد لـه البينة بـالملك. وبه قـال أبو حنيفـة؛ لأنه لا ينتزع ملكاً بأمر محتمل.

والوجه الثاني: أنه يستحق إذا شهدت له البينة باليد وبه قال أبو يوسف؛ لأنها حجة في الملك لكن يحلف الشفيع مع بينته باليد أنه مالك ثم يحكم له بالشفعة.

فصل: وإذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتره، ثم بيع فله المطالبة بالشفعة، ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء، لـوجوبها بالبيع الحادث فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلاً، وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء؛ لأنـه عفا عنها قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه.

فصل: وإذا صالح الشفيع المشتري على ملك يأخذه منه عوضاً على ترك الشفعة لم يجز وكان صلحاً باطلاً، وعوضاً مردوداً كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحقه من دين أو خيار مجلس، أو شرط وفي بطلان شفعته بذلك وجهان:

أحدهما: قد بطلت لأنـه تارك لها، والوجه الثاني: أنها لا تبطل لأن الترك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل الترك.

فصل: وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو، وفيه وجهان:

أحدهما أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعة في الكل لأن العفو لما لم يكمل بطل، وبه قال أبو يوسف، والوجه الثاني وهو قول أبي العباس بن سريج أن العفو صحيح في الكل تغليظاً لما ظهر من حكم التسليم وبه قال محمد بن الحسن.

فصل: وإذا وجبت الشفعة لخليط فباع حصته قبل الأخذ أو الترك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين: إما أن يبيعها قبل العلم بـالشفعة أو بعد العلم بها فإن باع حصته بعد العلم بها فلا شفعـة له؛ لأن المعنى الموجب لها من سوء المشاركة والخوف من مؤونة القسمة، وهذا ارتفع بالبيع وزوال الملك، فعلى هذا لو باع بعض حصته ففي بطلان شفعته وجهان مخرجان من بعض شفعته:

أحدهما: أنها لا تبطل وهو على حقه منها لأنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره، فأما إن كان بيعه لحصته قبل العلم بشفعته ففي بطلان الشفعة وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن شفعته قد بطلت لأنه باع الملك المقصود بالشفعة، والوجه الثاني: حكاه أبو حامد الإسفراييني: أنه على شفعته، لأنه قد ملكها وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها.

والوجه الأول أصح لما ذكرنا من التعليل.

فصل: فلو علم بالمبيع وقيل له: إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن الثمن مائة دينار كانت له الشفعة، ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لأنه قد يعفو عن الدراهم لإعوازها معه ويقدر على الدنانير، وهكذا لو قيل له: إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة ثم بان أنه ألف درهم كان على شفعته وقال أبو يوسف: إن كان قيمة الألف مائة دينار فصاعداً فلا شفعة له وإن كان قيمة الألف أقل من مائة دينار فله الشفعة، وهذا خطأ لاختلاف الأغراض باختلاف الجنسين.

ولكن لو قيل له: إن الثمن ألف درهم فعفا ثم بان أن الثمن أقل من ألف كان على شفعته، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له وهذا خطأ لأنه عفا عنها لاعتقاد الغلاء، فكان له أن يأخذها عند ظهور الرخص ولكن لو بان أن الثمن أكثر من ألف فلا شفعة له لأن من كرهها بالألف كان بأكثر منها أكره.

فصل: ولو قيل له إن المبيع سهم من عشرة أسهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن المبيع خمسة أسهم من عشرة كان على شفعته لأنه قد يقل انتفاعه بالسهم فيعفو ويكثر انتفاعه بالخمسة فيأخذ، ولو قيل له إن المبيع خمسة أسهم من عشرة فعفا ثم بان أنه سهم من عشرة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ثمنها واحداً فلا شفعة له لأن من كره أخذ خمسة أسهم بمائة درهم كان لأخذ سهم واحد بالمائة أكره.

والضرب الثاني: أن يكون ثمنها مختلفاً على قدر السهام فهو على شفعته لأنه قد يعفو عن الخمسة الأسهم لعجزه عن ثمنها ويريد السهم الواحد لقدرته على ثمنه. ولو قيل له إن المشتري زيداً فعفا عنه ثم بان أنه عمرو ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا شفعة له لأن معرفة المشتري شرطاً في المطالبة والعفو وهذا قول من جعل علة الشفعة الخوف من مؤونة القسمة.

والوجه الثاني: أنه على شفعته لأنه قد يكون زيد أحسن مشاركة من عمرو وهذا قول من جعل علة الشفعة الخوف من سوء المشاركة.

فصل: فلو كان مشتري الشقص وكيلاً فعفا الشفيع عن الشفعة على الإطلاق أو عفا عن الموكل دون الوكيل بطلت شفعته، ولو عفا عن الوكيل دون الموكل ففي بطلان شفعته وجهان:

أحدهما: قد بطلت لأن الوكيل خصم فيها.

والثاني: أنها لا تبطل لأنها مستحقة على غيره والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وهـذا كما قـال، إذا اختلف الشفيع والمشتـري في قدر الثمن فـادعى المشتري أن الثمن ألف وقال الشفيع: خمسمائة ولا بينة لواحد منهما فالقـول قول المشتـري مع يمينه لأمرين:

أحدهما: أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره.

والثاني: أنه مالك للشقص فلم ينتفع منه إلا بقوله فـإن حلف المشتري على مـا ادعى من الثمن أخـذه الشفيع بـه إن شاء وإن نكـل المشتري ردت اليمين على الشفيـع فـإن حلف أخذه بما قال. فإن قيل: فهلا تحالفا عليه كما يتحـالف المتبايعـان؟ قيل: لأن كـل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائهما، وفي الشفعة الشفيع وحـده منفرد بـالدعـوى أنه مالك للشقص بما ادعى فكان القول قول المشتري لتفرده بالإنكار.

فإن أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها والبينة شاهدان، أو شاهد وامرأتـان، أو شاهد ويمين فإن أقامها المشتري استفاد بها سقوط اليمين فلو شهد له البائـع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنـه متهم في شهادتـه لأنه شـاهد بـالزيـادة لنفسه ولـو أقام الشفيـع البينة استفاد بها الحكم بقوله فـإن شهد لـه البائـع بما ادعى من الثمن ردت شهـادته لأنـه متهم في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد في الحالين فلم تقبل شهادته فيمـا تولى عقده.

فلو أقـام كل واحـد منهما بينـة على ما ادعى من الثمن: فعنـد أبي حنيفـة ومحمـد بن الحسن أن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها، وعند أبي يوسف أن بينة المشتـري أولى لأن فيها زيادة علم. ويخرج في مذهب الشافعي رضي الله عنه على قولين من تعارض البينتين:

أحدهما: إسقاطهما بالتعارض ويكون القول قول المشتري مع يمينه.

والثـاني: الإقراع بينهمـا فمن خرجت بينتـه كـان أولى، وهـل يحلف معهـا أم لا على قولين من اختلاف قوليه في القرعة هل جاءت مرجحة للدعوى أو للبينة.

فصل: فعلى هذا لو أخذه الشفيع بالألف عنـد يمين المشتري ثم قـامت البينة أن الثمن خمسمائة رجـع الشفيع على المشتـري بخمسمائـة ولا خيار للشفيـع لأنه لمـا رضي الشقص بالألف كان بالخمسمائة أرضى، ولو أخذه الشفيع بخمسمـائة بيمينـه مع نكـول المشتري ثم

قامت البينة أن الثمن ألف كان الشفيع مخيراً بين أن يأخذه بالألف أو يرده ولو ادعى أن الثمن عهد قيمته ألف فأخذ الشفيع بها ثم بان أن الثمن ثوب فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجعا بشيء لأن المستحق فيه القيمة وهما سواء، وإن كانت قيمة الثوب أكثر لم يرجع المشتري بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه، وإن كانت قيمة الثوب أقل رجع الشفيع بنقصهاعلى المشتري ولا خيار له. والله أعلم.

فصل: فلو قال المشتري إن الثمن ألف فقال الشفيع لست أعلم قدر الثمن مع علمي بنقصه عن الألف فله إحلاف المشتري فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إحلاف المشتري إم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قوله لأن اليمين لا تجب بالشك.

والوجه الثاني: يستحق إحلافه ما لم يعلم صدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول.

فصل: ولو قال المشتري: لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث قيل للشفيع أتعلم قدره أم لا؟ فإن قال: لا أعلم قدره فلا شفعة له وله إحلاف المشتري أنه لا يعلم قدر الثمن، وإنما بطلت الشفعة لأنها تستحق بالثمن فكان جهلهما به مانعاً من استحقاقها بمجهول، وإن قال الشفيع: أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم وقال المشتري: قد نسيت قدر الثمن. قيل للمشتري: أتصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن فإن قال نعم أخذ الشقص بخمسمائة من غير يمين.

وإن أكذبه الشفيع قال الشافعي رضي الله عنه: حلف المشتري بالله ما يعلم قدر الثمن ولا شفعة واختلف أصحابنا في ذلك فكان أبو حامد المروزي، والإسفراييني يجعلان هذا القول مذهباً له في هذه المسألة ويبطلان يمين المشتري الشفعة تعليلاً بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن لنسيانه فبطلت الشفعة وكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يجعلان هذا الجواب مصروفاً إلى المسألة الأولى عند نسيان المشتري وجهل الشفيع ويقولان: إن نسيان المشتري مع علم الشفيع يوجب إحلاف الشفيع دون المشتري ويحكم له بالشفعة وهذا هو الصحيح لأن نسيان المشتري كالنكول فوجب رد اليمين على الشفيع. قال الشافعي رضي الله عنه «وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه» وهذا إنما أراد به مالكاً فإنه قال إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديث حلف الشفيع وحكم له بالشفعة وإن كان الشراء قديماً حلف المشتري وبطلت الشفعة، وهذا قول مرذول، وفرق معلول.

فصل: فأما إن اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع: بعته بألف وقال

المشتري اشتريته بخمسمائة فإنهما يتحالفان فإذا حلف ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان ذكرناهما في البيوع:

أحدهما: أنه قد بطل فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع ولا شفعة فيه.

والوجه الثاني: أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ فعلى هذا لا يخلو حال الثمن من أحد أمرين:

إما أن يكون معيناً أو غير معين.

فإن كان الثمن معيناً كقول البائع بعتك شقصي بهذا العبد فيقول المشتري اشتريته بهذا الثوب فإذا تحالفا وامتنع المشتري أن يأخذه بالعبد الذي ادعاه البائع ثمناً لم يعرض على الشفيع لأن عين ذلك العبد لا يحصل للبائع من جهة الشفيع وفسخ الحاكم البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه.

وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعتك الشقص بألف فيقول المشتري اشتريته بخمسمائة عرض الشقص على المشتري والشفيع بالألف ليأخذاه بها أو يرداه لأنه قد يحصل البائع على ما ادعاه من القدر من الشفيع والمشتري فلذلك عرض عليهما وإذا كان كذلك فللمشتري والشفيع أربعة أحوال:

أحدهما: أن يرضيا جميعاً به فيلزم المشتري الألف وللشفيع أن يأخذ منه الشقص بالألف.

والحالة الثانية: أن يرداه جميعاً بالألف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة.

والحالة الثالثة: أن يرضاه المشتري بالألف ويرده الشفيع بها فيلزم البيع للمشتري بالألف وتبطل شفعة الشفيع.

والحالة الرابعة: أن يرضى به الشفيع بالألف ويرده المشتري فيكون رد المشتري باطلاً لما فيه من إسقاط حق الشفيع ويصير البيع لازماً للمشتري ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص منه بالألف فلو رده الشفيع بعيب رده على المشتري ورجع عليه بالثمن لأن عهدته عليه وللمشتري حينئذ أن يفسخ البيع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِسِلْعَةٍ فَهِيَ لَهُ بِقِيمَةِ السِّلْعَةِ».

قال الماوردي: وجملة الأثمان ضربان:

ضرب له مثل كالدراهم و الدنانير والبر والشعير فالشفعة فيه واجبة بمثل الثمن جنساً وصفةً وقدراً فإن بذل الشفيع قيمة الثمن وامتنع المشتري أو طلب المشتري قيمة الثمن وامتنع

الشفيع فالقول قول من امتنع من القيمة ودعا إلى المثل إلا أن يتراضيا جميعاً بالقيمة ويعدلا عن الثمن.

والضرب الثاني: ما لا مثل له كعبد أو ثوب فالشفعة واجبة بقيمة الثمن وقال الحسن البصري: إذا لم يكن للثمن مثل فلا شفعة فيه وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن وضع الشفعة لدفع الضرر يوجب أخذها بكل ثمن، وفي إبطالها بما لا مثل له ذريعة إلى أن يقصد المتبايعان إبطالها بمالا مثل له. فإن اختلفا في قيمتها وهناك بينة عمل عليها، وإن عدما البينة كان القول قول المشتري مع يمينه لما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ تَزَوَّجَ بِهَا فَهِيَ لِلشَّفِيعِ بِقِيمَةِ الْمَهْرِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا تزوجها على شقص أصدقها وجبت فيه الشفعة، وهكذا لو خالعها عليه وقال أبو حنيفة لا شفعة فيه استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه مملوك بغير مال فلم تجب فيه الشفعة كالهبة والميراث.

والثاني: أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد وليس بين الشفيع وبينها ما يوجب تقويم بضعها.

ودليلنا عموم قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّم» ولأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع، ولأنه عقد يجري فيه الرد بالعيب فوجب أن تثبت فيه الشفعة كالبيع ولأنه معنى وضع لدفع الضرر عن الملك فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب.

ولأنه معنى يوجب زوال اليد المستحدثة عن المشتري فوجب أن يستحق زوال اليد عن الصداق كالاستحقاق ولأن كل عقد استحق فيه إقباض الشقص استحق به إقباضه شفعة كالبيع ولأن كل قبض وجب في عقد البيع وجب في عقد الصداق كالقبض الأول وبيانه أن في البيع قبضين:

قبض المشتري من البائع وقبض الشفيع من المشتري ثم وجب في الصداق قبض الزوجية من الزوج فوجب قبض الشفيع من الزوجة.

وأما الجواب عن قوله: إنه مملوك بغير مال، فهو أن البضع في حكم الأموال لأمرين:

أحدهما: أنه يعاوض عليه بمال.

والثاني أنه مقوم في اغتصابه بالمال، وما لم يكن مالاً لم يقوم في استهلاكه بالمال ثم المعنى في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل فلم تجب فيه الشفعة والصداق مملوك ببدل فوجبت فيه الشفعة.

وأما الجواب عن قوله: إن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد: فهوأنه غير مسلم لأن المغتصبة مقومة البضع عندنا على غاصبها، والمشهود بطلاقها مقومة البضع على الشهود إذا رجعوا للزوج دونها فصار بضعها مقوماً في غير عقد وشبهة في حقها، وحق غيرها فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها.

فصل: فإذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخلف فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه مأخوذ بمهر المثل، وقال مالك وابن أبي ليلى يؤخذ بقيمته لا بمهر المثل، وحكي نحوه عن الشافعي رضي الله عنه في القديم؛ لأن المهور قد يزاد فيها وينقص فخالفت البيوع. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: وجود هذا المعنى في الأثمان لجواز الزيادة والنقصان ثم لم يمنع أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن كذلك لا يمنع في الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع.

والثاني: أن ما لا مثل له من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص كالعبد والثوب كذلك البضع الذي لا مثل له يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص.

فصل: فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل فسواء كان قيمة الشقص بإزاء مهر المثل أو كان زائداً عليه، أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً، وقيمة الشقص مائة دينار، ولو كان مهر المثل مائة دينار، وقيمة الشقص ديناراً. أخذ بمائة دينار، فعلى هذا لو اختلفا في مهر المثل ترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلها ويسقط تنازعهما فإن تعذر ذلك على الحاكم لموتها، أو لتغير حالها، أو لاختلاف ذلك في أهلها وعشائرها، وأمكن ما قالاه، فالقول قولها مع يمينها لاختلافهما في الثمن.

فصل: ثم يتفرع على ما مهدنا من هذا الأصل ثلاثة فروع:

أحدها: أن يتزوجها على شقص من دار، ويأخذ منها ديناراً فيصير الشقص في مقابلة بضع ودينار، فيكون ما قابل الدينار بيعاً، وما قابل البضع صداقاً، فيخرج على قولين من اختلاف قوليه في العقد إذا جمع بيعاً وصداقاً:

أحدهما: باطل فيهما ولا شفعة فيه.

والثاني: جائز فيهما فعلى هذا يأخذ الشقص بمهر المثل وبدينار لأن الصداق من الشقص مأخوذ بمهر المثل والمبيع منه مأخوذ بالدينار الذي هو الثمن، فلو قال الشفيع أنا آخذ المبيع من الشقص دون الصداق كان له ذلك لأن كل واحد منهما عقد يختص بحكم وإن جمعهما صفقة فعلى هذا ينظر قدر مهر المثل فإذا كان خمسة دنانير ضم إليها دينار الثمن

وقسم الشقص على ستة أسهم فيكون المبيع منه بالدينار السدس، فيأخذ الشفيع سدس الشقص بدينار وهو القدر المبيع منه. ولو قال آخذ الصداق من الشقص دون المبيع أخذ خمسة أسداسه بمهر المثل وهو خمسة دنانير.

فصل: والفرع الثاني أن يتزوجها على شقص من دار ودينار فيصير الصداق شقصاً وديناراً فيأخذه الشفيع بحصته من مهر المثل وهو أن يقوم الشقص فإن كانت قيمته ثلاثة دنانير صار الصداق كله أربعة دنانير فيكون الشقص في مقابلة ثلاثة أرباع الصداق فيأخذه بثلاثة أرباع مهر المثل زائداً كان أو ناقصاً.

فصل: والفرع الثالث مركب من الفرعين الماضيين وهو أن يتزوجها على شقص من دار وعبد على أن يأخذ منها ثوباً فيكون ما قابل الثوب من الشقص والعبد بيعاً، وما قابل البضع صداقاً فيخرج على ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: أنه باطل فيهما جميعا، ولا شفعة ويترادان ولها مهر المثل.

والقول الثاني: أنه جائز فيهما جميعاً فعلى هذا تسقط الشفعة في العبد ويستحق في الشقص بحصته من مهر المثل، وقيمة الثوب: وهو أن ينظر قيمة الشقص فإذا كانت عشرة نظر قيمة العبد فإذا كانت خمسة علم أن الشقص في مقابلة ثلثي الصداق وثلثي الثوب فيأخذه الشفيع بثلثي مهر المثل وبثلثي قيمة الثوب فلو قال الشفيع أريد أن آخذ منه المبيع دون الصداق نظر قدر ثلثي مهر المثل فإذا كانت عشر نظر قيمة ثلثي الثوب فإذا كانت خمسة علم أن المبيع من الشقص الثلث والصداق منه ثلثان فيأخذ ثلث الشقص بقيمة ثلثي الثوب. ولو أراد أخذ الصداق أخذ ثلثي الشقص بثلثي مهر المثل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الشِّقْصِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده فإن كان بعد الدخول فلا رجوع له بشيء منه وإن كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧]، ثم لا يخلو حال الشفيع من ثلاثة أحوال:

أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة بشفعته فللزوج أن يرجع عليها بنصفه لبقائه في يدها، ولا شفعة على الزوج في النصف الذي ملكه بالطلاق لأنه ملكه بغير بدل.

والحالة الثانية: أن يكون الشفيع قد عفا عن شفعته فيه، فللزوج أن يرجع عليها بنصفه.

والحالة الثالثة: أن يكون الشفيع على حقه لعذر استدام به لم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج فأيهما أحق بالشقص فيه وجهان:

أحدهما: أن الزوج أحق من الشفيع؛ لأنه حق ثابت بنص كتاب مقطوع به، وحق الشفيع ثبت استدلالاً بخبر الواحد، فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك مخيراً في أخذ النصف الباقي بنصف مهر المثل.

والوجه الثاني وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين:

أحدهما: أن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل.

والثاني: أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق.

فعلى هذا يعرض على الشفيع، فإن أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته وإن تركه رجع الزوج بنصفه وقد زعم بعض أصحابنا أن تخريج هذين الوجهين من اختلافهم في نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك فإن قيل بالطلاق، كان أحق من الشفيع وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق.

فصل: ويتفرع على هذين الوجهين أن يشتري رجل شقصاً من دار بألف ثم يفلس المشتري قبل دفع الثمن، ويحضر البائع ليرجع بعين حال والشفيع ليأخذه بشفعته فأحد الوجهين: أن البائع أحق من الشفيع على الوجه الذي يجعل الزوج أحق من الشفيع فعلى هذا إذا رجع البائع بشقصه فلا شفعة عليه في تملكه لأنه استحداث فسخ وليس باستئناف عقد.

والوجه الثاني: أن الشفيع أحق من البائع لتقدم حقه على الوجه الذي يجعل الشفيع أحق من الزوج فعلى هذا إذا أخذه الشفيع بمثل ثمنه، فهل يقدم به البائع على جميع الغرماء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقدم به لأنه بدل من عين ماله التي كان أحق بها، **والوجه الثاني:** أنه وجميع الغرماء فيه سواء لفوات العين التي هو أخص بها.

فصل وإذا طلق الزوج زوجته ثم أمتعها شقصاً من دار بما وجب لها من متعة الطلاق وجبت فيه الشفعة بمتعة المثل لا بمهر المثل، لأن الطلاق يوجب متعة ولا يوجب مهراً.

فصل وإذا استأجر داراً أو دابة بشقص من دار وجبت فيه الشفعة بأجرة المثل لأن الشقص في مقابلة المنفعة وقيمتها أجرة المثل.

ولو قال من جاءني بعبدي الآبق فله هذا الشقص فلا شفعة قبل المجيء بالعبد لأنه باق على ملكه، فإذا جيء بالعبد ملك الشقص عليه ووجبت الشفعة فيه بأجرة مثل المجيء بالعبد.

فصل: وإذا تبايع الرجلان شقصاً فعفا الشفيع عن شفعته فلا شفعة فيه بالإقالة لأنها رفع للعقد وليست باستئناف عقد ولو لم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا كان للشفيع إبطال الإقالة لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص بشفعة البيع.

ولو كان مشتري الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فللشفيع إبطال الوقف، وأخذ الشقص بالشفعة ولو كان المشتري قد رهنه فللشفيع إبطال الرهن، وأخذ الشقص، ولو كان أجره، فله أخذه بالشفعة ثم له الخيار في إمضاء الإجارة أو فسخها ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن فإذا أمضاها الشفيع فالأجرة للمشتري دون الشفيع لأنه عقدها في ملكه، ولو كان المشتري قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيراً بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشتري الثاني، وبين فسخه وأخذه من المشتري الأول.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ قِيلَ لِلشَّفِيعِ إِنْ شِئْتَ فَعَجِّلِ الثَّمَنَ وَتَعَجَّلِ الشُّفْعَةَ وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ حَتَّى يَحِلَّ الأَجَلُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى شقصاً بثمن مؤجل، وحضر الشفيع مطالباً ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك: أن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن في ذمته إن كان ثقة، وإن كان غير ثقة أقام ضميناً ثقة. قال الشافعي رضي الله عنه: وهذا أشبه بصلاح الناس.

ووجه هذا القول شيئان:

أحدهما: أن الشفيع يدخل مدخل المشتري في قدر الثمن وصفاته، والأجل وصفاته فاقتضى أن يأخذ بمثل الثمن وأجله.

والثاني: أن تعجيل المؤجل زيادة في القدر بتفاضل الأثمان وليس للمشتري أن يستزيد وتأخير الشفيع دخل له عن حقه، وليس للمشتري دفع الشفيع.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد وهو قول أبي حنيفة: أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل. . ويقال له أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الأجل، فتدفع الثمن وتأخذ الشقص، ووجه هذا القول شيئان: **أحدهما**: أن

أخذ الشفعة باستحقاق الأجل يدخل في عقود المراضاة ولا يدخل في الاستحقاق ما لم يكن مراضاة.

والثاني: أن رضا البائع بذمة المشتري لا يوجب على المشتري أن يرضى بذمة الشفيع، ولذلك حل دين الميت لأن رضا ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فللمشتري وللشفيع أربعة أحوال:

أحدهما: إن تعجل الشفيع الثمن فيجبر المشتري على تسليم الشقص على القولين معاً لأنه قد تعجل مؤجلاً وأمن خطراً.

والحالة الثانية: أن يرضى المشتري بتسليم الشقص وتأجيل الثمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يعفو على القولين معاً لأنه قد يتعجل منافع الشقص، ولا يستضر بتعجيل الثمن فإن لم يفعل وانتظر بأخذه حلول الأجل بطلت شفعته على قوله في القديم، وفي بطلانها على الجديد وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي الفياض: أنه على شفعته إلى حلول الأجل؛ لأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطلب مقدراً به.

والوجه الثاني: وهو الأصح أن شفعته قد بطلت؛ لأن طلبه قدر بمدة الأجل رفقاً بالمشتري فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع.

والحالة الثالثة: أن يدعو المشتري إلى تعجيل الثمن وتسليم الشقص فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معاً لأن تعجيل المؤجل استزادة في الثمن والمشتري ممنوع من الاستزادة فيه. فلو قال المشتري أنا أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لأمرين:

أحدهما: أنه مفض إل الربا، والثاني أن ما استحق تأجيله لم يلزمه تعجيله.

والحالة الرابعة: أن يطالب الشفيع بالشقص مؤجلاً ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل فهي مسألة القولين: فعلى قوله في القديم: يجاب إلى ذلك إن كان ثقة أو يضمنه غير ثقة. فعلى هذا لو مات المشتري حل ما عليه من الثمن وإن لم يحل ما على الشفيع منه وكان باقياً إلى أجله، ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن، وللمشتري أن يتعجله وما عليه باق إلى أجله.

ولو كان المشتري قد دفع بالثمن رهناً لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهناً؛ لأن الرهن وثيقة في الثمن وليس من جملة الثمن، وعلى قوله في الجديد يمنع من الشقص إلى حلول الأجل، والمشتري يمكن من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم

يستهلكه؛ لأن تعلق حق الشفيع به لا يزيل ملك المشتري عنه ولا يمنع من التصرف في ملكه إلا بما يفضي إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف وليس البيع استهلاكاً لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأي العقدين شاء.

فلو مات المشتري حل ما عليه من الثمن وكان للشفيع أن يصير إلى حلول الأجل ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الأجل لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الأول.

فصل: ولو كان الثمن منجماً كان على القولين أيضاً:

أحدهما: الشفيع يأخذ الشقص بثمن منجم إلى آجاله.

والقول الثاني: ينتظر حلول النجوم ثم يأخذه بثمنه، فلو حل نجم فقال أنا أدفع ما حل فيه وآخذ من الشقص بحصته منع لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري وقيل له: إما أن تعجل الكل أو تنتظر حلول الأجل ولا يبطل حقه من الشفعة بتأخير الأخذ إلى حلول النجوم كلها لأنه لما منع من أخذ حصته بأجل لم يلزمه دفع ما حل فصار معذوراً بالتأخير.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ وَرِثَهُ رَجُلَانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ ابْنَانِ فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَأَرَادَ أَخُوهُ الشُّفْعَةَ دُونَ عَمِّهِ فَكِلَاهُمَا سَوَاءٌ لِأَنَّهُمَا فِيهَا شَرِيكَانِ (قَالَ المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَصَحُّ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْهِ إِنَّ أَخَاهُ أَحَقُّ بِنَصِيبِهِ (قَالَ المزني) وَفِي تَسْوِيَتِهِ بَيْنَ الشُّفْعَتَيْنِ عَلَى كَثْرَةِ مَا لِلْعَمِّ عَلَى الأَخِ قَضَاءٌ لِأَحَدِ قَوْلَيْهِ عَلَى الآخَرِ فِي أَخْذِ الشُّفَعَاءِ بِقَدَرِ الأَنْصِبَاءِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ فِي الْمُعْتَقِينَ نَصِيبَيْنِ مِنْ عَبْدٍ أَحَدُهُمَا أَكْثَرُ مِنَ الآخَرِ فِي أَنْ جَعَلَ عَلَيْهِمَا قِيمَةَ الْبَاقِي مِنْهُ بَيْنَهُمَا سَوَاءً إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ قَضَى ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ عَلَى مَا وَصَفْنَا».

قال الماوردي: وصورتها في دار بين رجلين إما أخوين، أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهم على أربعة أسهم للباقي من الأخوين المالكين سهمان ولكل واحد من الميت سهم واحد فباع أحد الابنين حقه وهو سهم واحد على أجنبي فالشفعة مستحقة فيه وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم فيه قولان:

أحدهما: وهو أحد قوليه في القديم أن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين:

أحدهما: أنهما اشتركا في سبب ملكه وتميز العم عنهما بسببه فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم المنفرد بسببه، **والثاني**: أن ملك الأخوين كان مجتمعاً في حياة الأب وقد يجري عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب، ألا ترى لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين معاً ولم يتعلق بسهم العم.

والقول الثاني: قاله في الجديد، وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين العم والأخ لأمرين:

أحدهما: لما تساويا في الاشتراك وجب أن يتساويا في الاستحقاق كالمختلفي الأسباب.

والثاني: أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشاركا في شفعته فاقتضى أن يشاركهما في شفعتهما.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين: فإن قيل الأخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم، فإن عفا الأخ عنهما احتمل استحقاق العم لها وجهان:

أحدهما: لا حق له فيها لخروجها عن استحقاقها.

والوجه الثاني: يستحقها لخلطته وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه.

وإن قيل: إنها بينهما فقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في كيفية استحقاقهما لها على قولين:

أحدهما: قاله في القديم: إنها بينهما نصفين بالسوية وبه قال أبو حنيفة لأمرين:

أحدهما: أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملكا أحد الشريكين سهماً من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسعة الباقية، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية فاقتضى أن يتساوى الشريكان فيها وإن تفاضلا في المال اعتباراً بأعداد الرؤوس لا بقدر الأملاك كالعبد المشترك بين ثلاثة يملك أحدهم نصفه والآخر ثلثه والآخر سدسه إذا أعتق صاحب النصف والسدس حقوقهما معاً قوم الثلث عليهما نصفين وعتق بينهما بالسوية كذلك الشفعة.

والثاني: أن استحقاق الشفعة لدفع الضرر بها، وقد يستضر صاحب الأقل كاستضرار صاحب الأكثر فوجب أن يساوي صاحب الأقل فيها صاحب الأكثر، فعلى هذا تصير الدار بينهما على ثمانية أسهم: خمسة منها للعم: منها أربعة أسهم بقديم ملكه وسهم لشفعته وثلاثة أسهم للأخ منها سهمان بقديم ملكه وسهم لشفعته.

والقول الثاني: قاله في الجديد وهو الصحيح: أنها بينهما على قدر ماليهما اعتباراً بالأملاك لا بالملاك وبه قال مالك، لأمرين:

أحدهما: أن منافع الملك تتوزع على قدره كالأرباح في التجارة والنتاج في الحيوان.

والثاني: أن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم مثل مؤونة المقاسمة، والمهايأة، ونقصان القيمة بعد القسمة، وهذا يقل ويكثر بقلة الملك

وكثرته فوجب أن تتقسط على الأملاك دون الملاك، وأما سوء المشاركة فظلم يمكن دفعه بالسلطان، وفي هذا انفصال فعلى هذا تكون الشفعة بينهماعلى ثلاثة أسهم لصاحب النصف سهمان ولصاحب الربع سهم واحد وتصير جميع الدار بينهما أثلاثاً.

فصل: فأما المزني فإنه اختار من القولين الأولين أن تكون الشفعة بينهما، وهوأصح القولين ثم اختار من القولين الآخرين، أن تكون بينهما نصفين: استدلالاً بما ذكرنا من العتق وقد تنفصل عنه بأن العتق استهلاك، ألا ترى أن صاحب الحصة المقومة من العبد لو رضي باسترقاق حصته ورضي العبد بها لم يجز وأعتقت على الشريك، ولو رضي الشريك بترك شفعته جاز فافترقا والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلِوَرَثَةِ الشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذُوا مَا كَانَ يَأْخُذُهُ أَبُوهُمْ بَيْنَهُمْ عَلَى الْعَدَدِ امْرَأَتُهُ وَابْنُهُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ (قال المزني) وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قُلْتُ أَيْضاً».

قال الماوردي: أما الشفعة فموروثة تنتقل بموت الشفيع قبل عفوه إلى ورثته.

وقال أبو حنيفة: الشفعة غير موروثة وقد بطلت بموت الشفيع، استدلالاً بأنه خيار موضوع لاستخلاف مال فوجب أن يبطل بالموت قياساً على خيار البدل والقبول، ولأن الشفيع يستحق بشفعته دفع الضرر عن ماله كالزوج الذي يستحق باللعان دفع الضرر الداخل عليه في نسبه، ثم ثبت أن اللعان يبطل بالموت ولا يصير موروثاً فوجب أن تبطل الشفعة بالموت ولاتصير موروثة.

وتحريره قياسا: أن ما وضع لدفع الضرر من الخيار إذا لم ينتقل إلى مال بطل بالموت كاللعان، قال: ولأن ملك الورثة مستحدث بعد وجوب الشفعة وحدوث الملك بعدها يمنع من إيجابها كمن استوهب ملكاً بعد وجوب الشفعة لم يستحق به شفعة، قال: ولأن الحقوق الموروثة إذا عفا عنها المريض كان عفوه مردوداً كالديون فلما كان عفو المريض عن الشفعة صحيحاً وليس للورثة فيه اعتراض، دل على أنه غير موروث، قال: ولأن ما ورث بالأسباب والأنساب انتقل إرثه عند عدمهم إلى بيت المال فلما لم يجز للإمام أن يأخذ بالشفعة لبيت المال، دل على أن الشفعة غير موروثة ميراث الأموال.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فكان على عمومه ولأنه حق يلزم في البيع فوجب أن يكون موروثاً كالرد بالعيب ولأن الشفعة من حقوق الملك فوجب أن تكون موروثة مع الملك كطرق الأملاك ومرافقها، والرهن في الديون، وضمانها ولأن الموت يسقط التكليف، وما سقط به التكليف لم تبطل به الشفعة كالجنون، ولأنه قبض استحق في عقد بيع فوجب أن يكون كالقبض في البيع.

فأما الجواب عن قياسهم على خيار البدل والقبول فهو أنه منتقض بخيار الرد بالعيب ثم خيار البدل والقبول يجوز أن يورث لولا أنه مستحق على الفور فكان بطلان ميراثه لتراخي زمانه لاستحالة إرثه، ثم المعنى في خيار القبول أنه لما لم يجز أن يستنيب المبدول له من يقبل عنه لم ينتقل إلى وارثه ولما جاز أن يستنيب الشفيع من يطالب عنه انتقل إلى وارثه.

وأما الجواب عن قياسهم على اللعان فهو ما ذكرنا أن النيابة في اللعان لا تصح وليس المنع من أخذ العوض عن الشفعة بمانع من أن يورث كالرد بالعيب لا يجوز أخذ العوض عنه ويجوز أن يورث.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ملك الورثة طارىء فهو أنهم ليس يملكونها لأنفسهم بالطارىء من ملكهم وإنما ينتقل إليهم ميراثاً عن ميتهم فقاموا فيه مقامه كمن وصى له بابنه المملوك فمات قبل قبوله و ترك ابناً آخر فقبل بعد موت أبيه الوصية بأخيه عتق عليه وإن كان الأخ لا يعتق أخيه لأنه قبله نيابة عن أبيه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الحقوق الموروثة ترد عفو الموصى عنها كالديون فهو أن أصحابنا قد اختلفوا في ذلك فكان بعضهم يجعل للوارث إبطال عفوه فعلى هذا سقط السؤال وقال الأكثرون منهم وهو الصحيح أن عفوه ماض ولا اعتراض عليه للوارث لأنهم إنما يعترضون عليه فيما استقر عليه ملكه من الأملاك ولم يستقر له ها هنا ملك، وإنما هو سبب يفضي إلى الملك، فصار كقبض الهبة الذي يملك به الهبة ولو رده المريض لم يعترض الورثة عليه وإن جاز أن يقوموا في القبض مقامه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما كان موروثاً صار لبيت المال عند عدم الورثة فهو أن لأصحابنا فيه وجهان:

أحدهما: أنه موروث لبيت المال ويستحق الإمام أخذه بالشفعة لكافة المسلمين إذا رأى ذلك صلاحاً.

والوجه الثاني: لا شفعة فيه وقد بطلت لأن الشفعة تجب لدفع الضرر بها فبطلت الشفعة وليس كذلك الوارث، لأنه يختص بالتصرف فلحقه الضرر فاستحق الشفعة. والله أعلم بالصواب.

فصل: فإذا استحق ميراث الشفعةعلى ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده، فإن كان موته قبل البيع فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم موته على البيع ثم تكون بين جميع من ملك ميراث الحصة وفيها قولان:

أحدهما: أنها بينهم على عدد رؤوسهم، الزوجة والابن فيها سواء على ما حكاه المزني عن الشافعي رضي الله عنه.

والقول الثاني: أنها مقسطة بينهم على قدر مواريثهم للزوجة ثمنها وللابن الباقي وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط حق من لم يعف، وكان لمن بقي من الورثة ولو كان واحداً يأخذ جميع الشفعة كالشركاء إذاعفا بعضهم عاد حقه إلى من بقي وإن مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ويستوي فيها الوارث بنسب وسبب وهي بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن والباقي للابن قولاً واحداً لأنهم ليس يأخذونها بأنفسهم وإنما يرثونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر مواريثهم ويكون تأويل ما نقله المزني عن الشافعي رضي الله عنه أن امرأته وابنه في ذلك سواء يعني في استحقاقها لجميع الورثة لا يختص بها بعضهم دون بعض وكان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين ويجعل ما نقله المزني أحد القولين. فعلى هذا لو أن بعض الورثة عفا عن حقه من الشفعة فهل يرجع ذلك على باقي الورثة على قولين حكاهما المروزي:

أحدهما: يرجع على من بقي كالشركاء إذا عفا أحدهم فعلى هذا لو أن أحد الورثة حضر مطالباً قضى له بجميع الشفعة.

والقول الثاني وهو الأصح: أنه لا يرجع على من بقي لأن جميعهم شفيع واحد وليس كالشركاء الذي كل واحد منهم شفيع كامل فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له بشيء حتى يجتمعوا فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بعفوه شفعة من بقي؟ على الوجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف لأنها شفعة واحدة عفى عن بعضها فصار كالشفيع إذا عفا عن بعض شفعته سقط جميعها.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حامد الإسفراييني أن من لم يعف عن شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يكون عفو غيره مبطلاً لحقه بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفعته لأن الواحد كان له أخذ جميعها فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها وليس كذلك أحد الورثة لأنه لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه ولأن العافي عن البعض مختار للعفو فجاز أن يسري عفوه في جميع حقه، وليس الباقي من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفو غيره في حقه.

فصل: وإذا ابتاع رجل شقصاً من دار فيها شفعة ثم مات وعليه دين يحيط بالتركة ثم بيع من الدار شقص فيه الشفعة فعليهم الشفعة فيما ابتاعه ميتهم ولهم الشفعة فيما بيع في

خلطتهم ولا يكون إفلاس ميتهم مانعاً من استحقاقها لأن لهم قضاء الديون واستيفاء الشقص فإن تعجل شفعتهم فأخذ حصتهم بالشفعة قبل أن يأخذوا ما استحقوه بطلت الشفعة فيه لزوال ملكهم الذي استحقوا الشفعة به وكان لشفيعهم أن يأخذه بشفعته أيضاً، وإن تعجلوا أخذ ما بيع في خلطهم وقبل أن تؤخذ حصتهم بالشفعة جاز ولا يمنع منها ما وجب من الشفعة في حصتهم ثم لشفيعهم أن يأخذ حصتهم بشفعته فإن أخذها بالشفعة كان له أن يأخذ منهم ما أخذوا بالشفعة وإن عفا عن الشفعة في حصتهم كان له أن يشاركهم فيما أخذه بالشفعة لاشتراكهم في الملك.

فصل: ولو مات رجل وترك داراً وعليه دين يحيط ببعضها فبيع منها بقدر دينه لم يكن لورثته أن يأخذوا المبيع منها بالشفعة لأمرين:

أحدهما: أنهم لم يكونوا شركاء لميتهم.

والثاني: أنهم كانوا قادرين على استيفاء ملكه بقضاء الدين من أموالهم ولو كان ميتهم وصى ببيع بعضها في وصيته لم يكن لهم فيه شفعة لما ذكرنا من التعليل الأول، أنهم لم يكونوا شركاء لميتهم. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ حَضَرَ أَحَدُ الشُّفَعَاءِ أَخَذَ الكُلَّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فَإِنْ حَضَرَ ثَانٍ أَخَذَ مِنْهُ النِّصْفَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ فَإِنْ حَضَرَ ثَالِثٌ أَخَذَ مِنْهُمَا الثُّلُثَ بِثُلُثِ الثَّمَنِ حَتَّى يَكُونُوا سَوَاءً».

قال الماوردي: وصورتها في دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حقه على غير شركائه فالشفعة فيها واجبة لشركائه الثلاثة فلهم ثلاثة أحوال:

حال يكونوا حاضرين، وحال يكونوا غائبين، وحال يحضر بعضهم، ويغيب بعضهم فأما الحال الأولى: وهو أن يكونوا جميعاً حاضرين فلا يخلو حالهم من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يطالبوا جميعاً بالشفعة فيكون الشقص المبيع بينهم أثلاثاً بالسوية.

والقسم الثاني: أن يعفوا جميعاً عن الشفعة فتبطل شفعتهم ويبقى الشقص على المشتري. والقسم الثالث: أن يعفوا بعضهم ويطالب بعضهم فيسقط حق العافي، وللمطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفعته فلو عفا اثنان من الثلاثة كان للثالث أن يأخذ جميع الشقص بشفعته وليس له أن يأخذ بعضها فيأخذ منه قدر حصته لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري.

فلو قال أحد الثلاثة قد عفوت عن جميع حقي، وقال آخر قد عفوت عن نصف حقي كان عفواً عن جميعه ولم يتبعض العفو وكان للثالث أن يأخذ الشقص كله لعفو شريكيه. ولو

قال أحد الثلاثة قد سلمت حقي لأحدكما دون الآخر كان تسليماً لهما معاً لأنه عفو لا هبة ولو كان الشقص قد أخذه اثنان من الثلاثة لغيبة الثالث عنهما ثم قدم الثالث فعفا عن أحدهما وأخذ حقه من الآخر كان له ذلك.

والفرق بينهما أن يكون ها هنا عافياً وهناك واهباً والعفو عن الشفعة يصح وهبتها لا تصح.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يكونوا جميعاً غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة حتى يقدموا ما لم يكن منهم عفو، فإن ادعى المشتري على أحدهم العفو عن شفعته لم تسمع دعواه لأن للآخرين أن يأخذوا الجميع فلم يكن لدعواه معنى.

ولكن ولو ادعى شريكان على الثالث منهما العفو سمعت دعواهما عليه لما فيه من توفر حقه عليهما، وحلف لهما ولم تسمع شهادة المشتري عليه بالعفو لما فيها من منعه عن مطالبته، ولو ادعى المشتري العفو على الثلاثة كلهم كان له إحلافهم لأنهم لو نكلوا ردت اليمين عليه، وسقط حقهم من الشفعة فإن حلف أحد الثلاثة، ونكل اثنان منهم لم ترد أيمانهما على المشتري بنكلولهما لأن عفو بعض الشفعاء لا يوجب الترك على المشتري، ويأخذه من لم يعف ثم لا يقضي للحالف بالشفعة في الكل إلا أن يحلف أن شريكيه قد عفوا، فإذا حلف، أخذ كل الشقص، وإن نكل أخذ منه قدر حصته وأخذ الناكلان منه قدر حصصهما.

فصل: وأما الحال الثالثة وهو أن يحضر بعضهم ويغيب بعضهم فهي مسألة الكتاب وصورتها أن يكون أحد الثلاثة حاضراً، وقد غاب الآخران فللحاضر أن يأخذ جميع الشقص بالشفعة وليس له أن يقتصر منه على قدر حصته لأنه ممنوع في حق المشتري من تفريق صفقته، فإن امتنع الحاضر من أخذ الكل، وانتظر بالشفعة قدوم شريكيه ليأخذوها بينهم بالحصص ففي بطلان شفعته بذلك وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن شفعته لا تبطل بذلك ليكفي غرم الثمن فيما ينتزع من يده فعلى هذا إن قدم شريكاه فطلبا الشفعة كانت بينهم أثلاثاً.

وإن عفوا قيل للأول الحاضر: ليس لك تفريق الصفقة على المشتري وأنت بالخيار بين أخذ الكل أو تركه.

والوجه الثاني: وهو الأظهر أن شفعته قد بطلت لأنه كان قادراً على الأخذ بها فكف فعلى هذا إن قدم الغائبان اشتركا في الشفعة بينهما وإن عفوا سقطت الشفعة عن المشتري ولا حق فيها للأول لبطلان شفعته.

فإذا وضح ما ذكرناه وأخذ الأول الحاضر كل الشقص بالشفعة ثم قدم ثان كان له أن يرجع على الأول بنصف ما بيده من الشقص بنصف الثمن ليكونا في الشقص سواء فإن رضي الثاني أن يقتصر من الأول على ثلث ما بيده من الشقص وهو قدر حصته عند اشتراكهم، وامتنع الأول إلا أن يساويه بالنصف أو يعفو ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول الأول ويمنع الثاني مما سأل ويقال له: إما أن تأخذ النصف أو تعفو كما يمنع الأول مع المشتري من ذلك، والوجه الثاني أن القول قول الثاني وله أن يقتصر على الثلث ويجبر الأول عليه بخلاف الأول مع المشتري ولأن للمشتري صفقة يمنع من تفريقها عليه وليس للأول صفقة تفرق عليه وإنما هو عفو عن بعض ما استحق له فإذا وضح ما ذكرنا وأخذ الثاني من الأول نصف الشقص بنصف الثمن ثم قدر الثالث كان له أن يأخذ من كل واحد من الأول والثاني ثلث ما بيده بثلث الثمن وهو سدس الكل فيصير الشقص حينئذ بينهم أثلاثاً، وعهدة جميعهم على المشتري لأن الشفعة مستحقة لجميعهم، وليس أخذ بعضهم من بعض ما يدل على استحقاق الشفعة على المأخوذ منه. فعلى هذا لو أن الثالث عفا عن شفعته استقرت للأول والثاني نصفين ولو عفا الثاني وطالب الثالث جعلت بينهما نصفين.

فصل: وإذا أخذ الشقص أحد الشفعاء الثلاثة عند غيبة الآخرين ثم قدم أحد الغائبين فصالح الحاضر على ثلث الشقص وسلم له بالثلثين فذلك جائز فإذا قدم الغائب الآخر ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يرجع على الأول الذي بيده الثلثان فيأخذ نصف ما بيده وهو الثلث فيصير الشقص بينهم أثلاثاً ليكونوا في الشفعة سواء ولا يكون لعفو الأول من القادمين أثر غير تأخير حق الثاني على الحاضر.

والوجه الثاني: وهو قول ابن سريج ومحمد بن الحسن أن الشقص يكون بينهم على ثمانية عشر سهماً: أربعة منها للعافي وسبعة لكل واحد من الآخرين، ووجه ذلك أن العافي لما صالح على الثلث صار تاركاً لثلث حقه؛ لأنه كان مستحقاً للنصف فاقتصر على الثلث فصار الشقص بينهم ثلاثة أسهم: سهم للعافي وسهمان للحاضر الأول فلما قدم الثالث استحق ثلث ما بيد العافي وهو ثلث السهم ضم إلى السهمين اللذين مع الأول تصير سهمين وثلثاً فيكون بينهما فيصير لكل واحد منهم سهم وسدس فتضرب في مخرج السدس وهو ستة لتصح السهام فيكون ثمانية عشر سهماً كان للعافي ثلاثة أسهم من ثلاثة تضرب له في ستة فيكون له أربعة أسهم من ثمانية عشر سهماً، وكان لكل واحد من الآخرين سهم وسدس من ثلاثة تضرب له في ستة فيكون له سبعة أسهم وللآخر مثلها.

وكلا الوجهين عندي مدخول، والصحيح أن يكون الشقص بينهم على تسعة أسهم: سهمان للعافي وثلاثة أسهم للآخر وأربعة أسهم للمعفو عنه ووجه ذلك أن العافي لما صالحه على الثلث صار الشقص بينهما على ثلاثة أسهم، سهم للعافي وسهمان للمعفو عنه، فإذا قدم الغائب الآخر فله أن يرجع على العافي بثلث ما بيده لأن له ثلث الشفعة فيكون له ثلث سهم ويرجع على المعفو عنه بثلث ما بيد، من السهمين فيكون ثلثي سهم فيصير جميع ما أخذه منهما سهماً واحداً، ويبقى على العافي ثلاثة أسهم وعلى المعفو عنه سهم وثلث فاضرب ذلك في مخرج الثلث وهو ثلاثة فيكون تسعة أسهم للعافي سهمان لأنه له ثلثي سهم في ثلاثة وللآخر منها ثلاثة أسهم لأنه له سهماً في ثلاثة وللمعفو عنه أربعة أسهم لأن له سهماً وثلثاً في ثلاثة ولم يجز أن يكون الأخير مساوياً للمعفو عنه لأنه غير المقصود بالمحاباة والعفو. والله تعالى أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ كَانَ الاثْنَانِ اقْتَسَمَا كَانَ لِلثَّالِثِ نَقْضُ قِسْمَتِهِمَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء فحضر اثنان فأخذا الشقص بينهما لغيبة الثالث منعا من قسمته؛ لأن في الشقص حقاً لشريكهما الغائب مع السهم الذي له بقديم ملكه فإن اقتسماه كانت القسمة باطلة لما ذكرنا، فلو حضر الغائب فعفا عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة، لفسادها، ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بقديم الملك وما أخذاه بحادث الشفعة لم يمنعا من ذلك لحق الغائب.

وهكذا لو أرادا أن يبيعا ما أخذاه بالشفعة دون ما كان لهما بقديم الملك لم يمنعا، وإنما كان كذلك لأن الغائب قادر على أخذه بأي العقدين شاء، فإذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذاه بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذ بالشفعتين، وبين أن يأخذه بالأولى ويعفو عن الثانية، وبين أن يأخذ بالثانية، ويعفو عن الأولى. فإن أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالأولى ثلث الشقص وبطل البيع فإن أحب أن يأخذ بشفعته الثانية صح، وأخذ بالثانية نصف الباقي وهو ثلث الشقص؛ لأنه أخذ شفعتين فيحصل له ثلثا الشقص بالشفعتين.

وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ويعفو عن الأولى صح البيع في الجميع، وأخذ نصف الشقص كله؛ لأنه أخذ شفعتين، وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الأولى ويعفو عن الثانية أخذ ثلث الشقص لأنه أخذ ثلث الشفعة، فإن أحب أن يأخذه بشفعته الثانية صح البيع في الكل، وكان له أخذ الجميع بها لأنه شفيع واحد. وإن أراد أن يأخذه بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بشفعته الأولى وبطل فيه البيع وصح في ثلثيه فيما كان لهما بقديم الملك. فإن أحب أن يأخذه بشفعته الثانية صح.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ سَلَّمَ بَعْضُهُمْ لَمْ يَكُنْ لِبَعْضٍ إِلَّا أَخْذُ الْكُلِّ أَوِ التَّرْكُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجوز للشفعاء أن يفرقوا صفقة المشتري عليه لأنه لا يجوز أن يدفعوا عن أنفسهم ضرراً بإدخال مثله من الضرر، فإذا عفا أحد الشفعاء الثلاثة كان للآخرين أن يأخذا جميع الشقص أو يعفوا عنه. ولو عفا اثنان فكان للآخر أن يأخذ جميعه، أو يعفو عنه، فلو أخذها الحاضر من الثلاثة ثم ردها بعيب كان لمن قدم من الغائبين أن يأخذ الكل أو يذر لأن رد الحاضر بالعيب كالعفو عن الشفعة، فلو كان الشفيع واحداً أخذ جميع الشقص، أو يعفو عنه وقد ذكرنا ما يكون عفواً. فأما إن ضمن الشفيع عن المشتري ثمن الشقص للبائع بأمر المشتري صح الشراء، ولزم الضمان، وكان الشفيع على شفعته، ولا يكون ضمانه للثمن تسليماً للشفعة، وهكذا لو ضمن الشفيع عن البائع درك المبيع للمشتري بأمر البائع، أو بغير أمره صح الشراء، ولزم الضمان وكان الشفيع على شفعته، ولا يكون ذلك تسليماً للشفعة.

وهكذا لو شرط البائع خيار الشفيع، فاختار الشفيع إمضاء البيع، كان له الشفعة، وقال أبو حنيفة لا شفعة للشفيع في هذه المواضع الثلاثة، ويكون ذلك تسليماً منه لها؛ لأن البيع به قد تم فكان هو البائع. وهذا خطأ لأن شفعة الشفيع مستحقة بتمام البيع فإن فعل ما يتم به البيع كان أولى أن تجب له الشفعة فعلى هذا لو ضمن الثمن، فطالبه البائع به، فغرمه له، ثم أخذ الشقص بالشفعة نظر: فإن كان ضمانه للثمن بأمر المشتري، فقد برىء الشفيع مما استحقه المشتري عليه بالثمن لأنه قدم تعجيله عنه إلى البائع، وإن كان ضمانه للثمن بغير أمر المشتري لم يبرأ بما استحقه المشتري عليه من الثمن؛ لأنه تطوع بغرمه للبائع ويحكم بدفعه ثانية إلى المشتري، وإن كان الشفيع ضمن للمشتري درك المبيع ثم أخذ منه الشقص بشفعته ثم استحق من يده لم يرجع على المشتري بعهدته، لأن المشتري إذا استحق من يده أن يرجع على الشفيع بعهدته.

فصل: فإذا وكل الشفيع في الشراء فاشترى لموكله وجبت له الشفعة فيما اشتراه وبه قال أبو حنيفة ولو وكل في البيع فباع لموكله وجبت له الشفعة فيما باعه، وقال أبو حنيفة لا شفعة له فأوجبها فيما اشتراه ولم يوجبها فيما باعه. و هذا خطأ لثلاثة أمور:

أحدها: أن البيع يتم ببائع ومشترٍ، ثم لم يمنع كونه مشترياً لغيره من ثبوت شفعته، ويجب أن لا يمنع كونه بائعاً لغيره من ثبوت شفعته. والثاني: أن وجوب الشفعة بعد إبرام البيع فلم يعتبر ما تقدم كالعفو، والثالث: أن بيعه حرص منه على ثبوت شفعته فإذا ثبت هذا

وكانت دار بين شريكين فوكل أحدهما شريكه أن يبيع نصف حصته مع نصف حصة نفسه، فباع الوكيل نصف الدار صفقة ربعها لنفسها، وربعها لموكله، فللوكيل أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما باعه لموكله وهو الربع، وللموكل أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما باعه وكيله، وليس لشريك ثالث إن كان أن يفرق الصفقة بشفعته فيأخذ إحدى الحصتين دون الأخرى لأن البائع واحد، وقيل: إما أن تأخذ الكل بشفعتك أو تذر.

فصل: وأما ولي اليتيم ووصي الميت إذا باعا الولاية ما هما شفيعان فيه ففي شفعتهما وجهان:

أحدهما: أن الشفعة لهما فيه كالوكيل.

والوجه الثاني: أن لا شفعة لهما بخلاف الوكيل، والفرق بينهما وبين الوكيل أن الوكيل ينوب عن حي جائز التصرف يقدر على استدراك ظلامته.

فصل: فإذا اشترى العامل في القراض شقصاً من دار للعامل فيه حصة بقديم ملك ولرب المال فيها حصة بقديم ملك، فللعامل، ولرب المال أن يأخذا الحصة المشتراة في القراض بشفعتهما لأن مال القراض يتميز عن أموالهما. فإن عفوا عنها ثم اشترى العامل من الدار حصة ثانية فشفعته الثانية أثلاثاً: ثلثها لرب المال، وثلثها للعامل، وثلثها في القراض. فلو كان في الدار حصة رابعة لأجنبي؛ كان له ثلث الشفعة؛ ولأنهم ثلاثة ثم يكون الثلثان الباقيان على ثلاثة أضرب: ثلث لرب المال، وثلث للعامل، وثلث في القراض. فتتميز شفعة الحصة على تسعة أسهم، ثلاثة منها وهي الثلث للأجنبي والستة الباقية أثلاثاً كل ثلث منها سهمان لما ذكرنا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ أَصَابَهَا هَدْمٌ مِنَ السَّمَاءِ إِمَّا أَخَذَ الْكُلَّ بِالثَّمَنِ وَإِمَّا تَرَكَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى شقصاً من دار فانهدمت بجائحة أو جناية، أو شقصاً من أرض فأخذ السيل بعضها فالذي نقله المزني ها هنا وقاله في القديم وفي كتاب التفليس من كتبه الجديدة: أن الشفيع مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يدع. وقال الشافعي رضي الله عنه في القديم إن الشفيع يأخذ الباقي بحصته من الثمن، واختلف أصحابنا في اختلاف هذين النقلين على خمسة مذاهب:

أحدها: وهو قول أبي الطيب بن أبي سلمة، وأبي حفص بن الوكيل: أن المسألة لاختلاف النقلين على قولين:

أحدهما: أن يأخذ الباقي بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع

بجائحة، أو جناية كان للمشتري إذا اختار الإمضاء أن يأخذه بجميع الثمن كذلك حال الشفعة.

والقول الثاني: أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن لأن ما تناولته الصفقة بالثمن مقسط على أجزائه كما لو اشترى مع الشقص سيفاً أخذ بحصته من الثمن.

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي: أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن قولاً واحداً ونسبا إلى المزني الغلط فيما نقله في هذا الموضع لأنه لا يعرف للشافعي في شيء من منصوصاته، وإنما رد على أهل العراق قولهم: إن ما انهدم بغير فعله أخذ بجميع الثمن، وما انهدم بفعله، أو فعل غيره أخذ بحصته من الثمن، فغلط المزني في نقول الشافعي إلى قول أهل العراق.

كما غلط من قول الشافعي إلى قول مالك فيما حكاه في كتاب الأيمان والنذور: إذا حلف على غريمه أن لا يفارقه حتى يستوفي حقه منه، فأخذه منه بحقه عوضاً إن كان بقيمة الحق أو أكثر لم يحنث وإن كان أقل حنث، فغلط وإنما ذلك قول مالك، كذلك ها هنا وفرق بين الشفعة والفلس بفرض مضى في كتاب الفلس.

والمذهب الثالث، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: بأنه محمول على اختلاف حالين، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا ذهبت الآثار وكانت أعيان الآلة والبناء باقية، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن إذا كانت أعيان الآلة والبناء تالفة.

والوجه الرابع: أنه محمول على اختلاف حالين من غير هذا الوجه. فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا هدمه بفعل آدمي، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن، إذا كان هدمه بجائحة سماوية؛ لأنه في هدم الآدمي قد يرجع عليه بأرش النقص، فلذلك أخذها بجميع الثمن، وفي جائحة السماء ليس يرجع بأرش النقص، فلذلك أخذها بحصته من الثمن وهذا المذهب ضد ما عليه أهل العراق.

والمذهب الخامس: أنه على اختلاف حالين من غير هذا الوجه، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا كانت الفرصة باقية وإن تلفت الآلة، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن إذا ذهب بعض الفرصة بسيل أو غرق لأن العرصة مقصورة والآلة تتبع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَاسَمَ وَبَنَى قِيلَ لِلشَّفِيعِ إِنْ شِئْتَ فَخُذْ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ الْيَوْمَ أَوْ دَعْ لأَنَّهُ بَنَى غَيْرَ مُتَعَدٍّ فَلاَ يُهْدَمُ مَا بَنَى، (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا عِنْدِي غَلَطٌ وَكَيْفَ لاَ يَكُونُ مُتَعَدِّياً وَقَدْ بَنَى فِيمَا لِلشَّفِيعِ فِيهِ شِرْكٌ مُشَاعٌ وَلَوْلاَ أَنَّ لِلشَّفِيعِ فِيهِ

شِرْكاً مَا كَانَ شَفِيعاً إِذْ كَانَ الشَّرِيكُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ لأَنَّـهُ شَرِيـكٌ فِي الدَّارِ وَالْعَـرْصَةِ بِحَقٍّ مُشَاعٍ فَكَيْفَ يُقَسِّمُ وَصَاحِبُ النَّصِيبِ وَهُـوَ الشَّفِيعُ غَـائِبٌ وَالْقَسْمُ فِي ذَلِكَ فَـاسِدٌ وَبَنَى فِيمَـا لَيْسَ لَهُ فَكَيْفَ يَبْنِي غَيْرَ مُتَعَدٍّ وَالمُخْطِيءُ فِي الْمَالِ وَالْعَامِدِ سَوَاءٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَلَا تَـرَى لَوْ أَنَّ رَجُلاً اشْتَرَى عَرْصَةً بِأَمْرِ الْقَاضِي فَبَنَاهَا فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ أَنَّـهُ يَأْخُـذُ عَرْصَتَـهُ وَيَهْدِمُ الْبَـانِي بِنَاءَهُ وَيَقْلَعُهُ فِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَالْعَامِدُ وَالْمُخْطِيءُ فِي بِنَاءٍ مَا لاَ يَمْلِكُ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في رجل اشتر شقصاً من دار وقاسم عليه وبنى في حصته، وحضر الشفيع مطالباً بشفعته. قال الشافعي رضي الله عنه قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائماً ولا يجبر المشتري على قلعه لأنه بناء غير متعد.

وهكذا عمارة الأرض للزرع وإن كانت آثاراً.

قال المزني: هذا غلط من الشافعي رضي الله عنه لأن القسمة إن وقفت مع الشفيع فقد بطلت شفعته وصحت القسمـة، وإن لم يقاسمـه الشفيع فـالقسمة بـاطلة والشفعة واجبـة فلم يجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة.

وهـذا الذي اعتـرض به المـزني على الشافعي رضي الله عنـه من تنـافي بقـاء الشفعـة وصحة القسمة غلط لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه:

أحدها: أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلاً، فيطالب المشتري الوكيل بمقاسمته على ما اشترى فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله في المقاسمـة ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل في طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفعته بعد القسمة ويكون المشتري غير متعد في البناء.

والوجه الثاني: أن لا يكون للشفيع الغائب وكيـل في القسمة فيـأتي المشتري الحـاكم فيسأله أن يقاسمه عن الغائب فيجوز للحاكم مقاسمة المشتري إذا كان الشريك بعيداً لغيبـة، وليس له أن يأخذ للغائب بـالشفعة لأن الحـاكم لا يأخـذ بالشفعـة إلا لمولى عليـه، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمته الحاكم عنه والمشتري غير متعد ببنائه.

والوجه الثالث: أن يذكر المشتري للشفيع ثمناً مـوفوراً فيعفـو عن الشفعة لـوفور الثمن ويقاسم المشتري غير متعد ببنائه لأنه بالكذب متعد في قوله لا في قسمته وبنائه، فصار كرجل ابتاع داراً بعبد قد دلسه بعيب ثم بنى ووجـد البائـع بالعبـد عيباً فعليـه إذا رد العبد واسـترجع الدار أن يدفع إلى المشتري قيمة البناء قائماً لأنه بنى غير متعـد في فعله وإن دلس كان كـاذباً في قوله.

والوجه الرابع: أن ينكر المشتري الشراء، ويدعي الهبة، فيكون القول قوله مع يمينه، ولا شفعة عليه في الظاهر، فيقاسمه الشريك ثم يبني، وتقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء فالشفعة واجبة مع صحة القسمة ولا يكون متعدياً بالبناء مع جحوده للشراء لأنه تعدى في القول دون الفعل.

والوجه الخامس: أن يكون الشفيع طفلاً أو مجنوناً، فيمسك الولي عن طلب الشفعة، ويقاسم المشتري ثم يبلغ الطفل، ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ولا يكون إمساك الولي عن الشفعة مبطلاً للقسمة ولا مقاسمته مبطلاً للشعفة.

فصل: فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة، وبطل اعتراض المزني بها لم يجبر المشتري على قلع بنائه، وقيل للشفيع: إن شئت فخذ الشقص بثمنه، وقيمة البناء، وقال أبو حنيفة: يجبر المشتري على قلع بنائه، ولا قيمة له على الشفيع استدلالاً بأن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب، وهذا خطأ لأن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص. ألا تراه يملك النماء ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعة عليه ولأن من بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجباً لتعديه، ونقض بنائه كالموهوب له إذا بنى ورجع الواهب في هبته ولأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلم يجز أن يزال بالضرر وفي أخذ المشتري وعدم بنائه ضرر.

فأما الجواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهو تعدي الغاصب بتصرفه في غير ملكه وليس المشتري متعدياً لتصرفه في ملكه.

فصل: فلو قال الشفيع أنا آخذ من الشقص ما لا بناء فيه بحصته من الثمن لم يجز لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري، ولو قال أنا آخذه بجميع الثمن لم يجبر لأمرين:

أحدهما: أنه متطوع بهبة لا يلزمه قبولها.

والثاني: أنه يلزم بتركه بما استضر بها. فلو قال أنا أقر بناءه في الأرض لم يجبر لأمرين: أحدهما: أنها عارية يستحق الرجوع فيها. والثاني: أنه إقرار بناء في غير ملكه قد يلحقه فيه ضرر.

فصل: وإذا أخذ الشفيع بشفعته شقصاً من دار بقضاء قاض، أو بغير قضاء قاض فبنى فيه وغرس ثم استحق ذلك من يده، فإن الشفيع مأخوذ بقلع بنائه، وغرسه لأنه بنى في غير ملكه ثم ينظر فإن كان الاستحقاق للمبيع ولحق الشفيع رجع بالثمن على المشتري ولم يرجع عليه بما نقص من قيمة البناء والغرس لأنه لو لم يستحق المبيع لكان مأخوذاً بقلع بنائه في

حق نفسه وإن كان الاستحقاق للمبيع وحده دون حق الشفيع فللشفيع أن يرجع بما نقص من بنائه وغرسه على المشتري ويرجع المشتري به على البائع. وقال أبو حنيفة: لا يرجع به على أحد وإنما يرجع بالثمن وحده على قابضه لأنه قلعه بحق. وهذا خطأ؛ لأن البائع بقبضه متعد، دون الشفيع، فوجب أن يكون الضرر بنقض البناء والغرس راجعاً على البائع المتعدي دون الشفيع لأنه لا يلحق الضرر من ليس بمتعد ويزال عن المتعدي والله أعلم.

فصل: فأما إذا كان المبيع شقصاً من أرض فزرعها الشفيع ثم حصل الاستحقاق نظر، فإن كان الاستحقاق لجميع الأرض من المبيع وحق الشفيع أخذ الشفيع بقلع زرعه ولم يرجع على المشتري بنقضه لأنه غاصب لما كان بيده وظالم لما أخذه بشفعته، وإن كان الاستحقاق للشقص المبيع وحده وجب إقرار زرعه إلى وقت حصاده لأن بقاء الزرع غير متأبد بخلاف البناء المتأبد وليس من الشفيع تعدٍ مقصود يؤخذ لأجله بقلع زرعه لكن عليه لمستحق الشقص أجرة مثله من وقت زرعه إلى وقت حصاده وهل يرجع على المشتري بما غرمه من الأجرة من وقت الزرع إلى وقت الحصاد على قولين:

أحدهما: يرجع الشفيع به على المشتري ويرجع المشتري به على البائع كما قلنا فيما نقص بقلع البناء.

والقول الثاني: لا رجوع للشفيع بشيء منه بخلاف البناء، والفرق أن البناء استهلك عليه بالقلع فيرجع عليه بغرمه، وفي الزرع هو المستهلك لمنافع المدة فلم يرجع بأجرتها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ الشِّقْصُ فِي النَّخْلِ فَزَادَتْ كَانَ لَهُ أَخْذُ زَائِدِهِ».

قال الماوردي: أما النخل فلا يخلو حال مبيعها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تباع مفردة عن الأرض فلا شفعة فيها فكذلك سائر الأشجار كالأبنية التي إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة لأنها مما ينقل عن الأرض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع.

والقسم الثاني: أن تباع النخل مع الأرض فتجب فيها الشفعة تبعاً للأرض بخلاف الزرع لأنه لا يتبع الأرض في البيع ويتبعها النخل، والفرق بينهما أن إفراد الزرع في الأرض غير مستدام، وإفراد النخل والشجر مستدام. وأوجب أبو حنيفة الشفعة في الزرع تبعاً للأرض لاتصاله بها، وما ذكرناه من الفرق كاف.

والقسم الثالث: أن يباع النخل مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من بياض

الأرض ففي وجوب الشفعة فيها وجهان، وكذلك بيع البناء مع قراره دون الأرض على هـذين الوجهين:

أحدهما: فيه الشفعة لأنه فرع لأصل ثابت.

والوجه الثاني: أنه لا شفعة فيه، لأن قرار النخل يكون تبعاً لهـا فلما لم تجب الشفعـة فيها مفردة لم تجب فيهـا وفي تبعها، فـإذا تقرر هـذا وكان البيـع شقصاً من أرض ذات نخـل وشجر فزادت بعد البيع وقبـل أخذ الشفيـع لغيبته، أو عـذر لا تبطل بـه الشفعة لم يخـل حال الـزيادة من أحـد أمرين: إمـا أن تكون مثمـرة أو غير مثمـرة، فإن كـانت الزيـادة غيـر مثمـرة كالفسيـل إذا طال وامتلى والغرس إذا استغلظ واستوى فللشـفيع أن يأخذ ذلك بزيادته لأن مـا لا يتميز من الزيادة تبعاً لأصله.

وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحـادثة فـلا يخلو حالهـا عند الأخـذ بالشفعـة من أن تكون مؤبرة، أو غير مؤبرة فإن كانت مؤبرة فلا حق فليها للشفيع. وهي ملك للمشتري لأن ما كان مؤبراً من الثمـار لا يتبع أصله وعلى الشفيـع أن يقرهـا على نخله إلى وقت الجذاذ، وإن كانت الثمرة غير مؤبرة ففي استحقاق الشفيع لها قولان:

أحدهما: يستحقها لاتصالها كما يدخل في البيع تبعاً وهذا قوله في القديم.

والقول الثاني: لا يستحقها وتكون للمشتري لتميزها عن الأصل كـالمؤبرة وهـذا قولـه في الجديد ويكون الفرق بين الشفعة والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مراضـاة، فجاز أن يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً للقدرة على استبقـائها بـالعقد، والشفعـة استحقاق ملك بغيـر مـراضاة فلم يملك بهـا إلا ما تنـاوله العقـد. وهذا الحكم في كـل ما استحق بغيـر مـراضـاة كالشفعة، والتفليس، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة وهل يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً لأصلها على ما ذكرنا من القولين.

فصل: فأما إذا كانت النخل عند ابتياع الشقص منها مثمرة نظر.

فإن كانت مؤبرة لم تدخـل في البيع إلا بشـرط، وإذا شرطت فيـه لم يكن للشفيع فيهـا حق وأخذ الشقص من النخل دون الثمر بحصته من الثمن كمن اشترى شقصاً وعبداً.

وقال أبو حنيفة يأخذها معاً بجميع الثمن وفيما ذكرنا دليل عليه.

وإن كانت الثمرة غير مؤبرة دخلت في البيع تبعاً ثم لا يخلو حالها عنـد الأخذ بـالشفعة من أن تكون باقية على حالها غير مؤبرة، أو قد تأبرت.

فإن كانت غير مؤبرة أخذها الشفيـع مع الشقص بجميـع الثمـن قولاً واحـداً لأن العقد يتناولها تبعاً وهي في الحال تبع فجرت مجرى النخيل، وإن تأبرت عنـد الأخذ بـالشفعة ففيـه وجهان:

أحدهما: لا حق فيها للشفيع لتميزها عما يكون تبعاً فعلى هذا يـأخذ الشفيـع الشقص من النخل بحصته من الثمن.

والوجه الثاني: أن الشفيع يأخذها مع الشقص تبعاً وقت العقد لاتصـاله فلم يسقط حق الشفيع منه عند انفصاله كالبنـاء إذا انهدم، ولا فـرق على الوجهين بين أن تكـون الثمرة على نخلها، أو مجذوذة، وقال أبو حنيفة: إن جذت فـلا حق له فيهـا لانفصالهـا، وإن كانت على نخلها أخذها بشفعته مؤبرة وغير مؤبرة وتوجيه القولين دليل عليه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلاَ شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ لاَ بَيَاضَ لَهَا لأَنَّهَا لاَ تَحْتَمِلُ الْقَسْمَ»**.

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ما سوى العقار والأرضين لا شفعة فيه، وهو قول عطاء، وإن العقار ضربان:

ضرب يقسم جبراً ففيـه الشفعة وفـاقاً، وضـرب لا يقسم جبراً، ففيـه الشفعة عنـد أبي العباس بن سريج وبه قال مالك وأبو حنيفة خوفاً من سوء المشاركة واستدامة الضرر به ولهـذا القول وجه. ومذهب الشافعي لا شفعة فيه للأمن من مؤونة القسمة.

وعليه يكون التفريع: فمن ذلك البئر المشتركة إذا بيع شقص منها فـلا يخلو حالهـا من أحد أمرين:

إما أن يكون حولها بياض لها أم لا فإن كان حولها بياض لها فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكـون واسعة يحتمـل القسمة كـالأرض التي يحفر فيهـا بئر وهي محتملة للقسم فالشفعة واجبـة في البئر تبعـاً للأرض كمـا تجب في النخل تبعـاً للأرض لأن البئـر إذا حصلت في حصة أحدهما أمكن للآخر حفر مثلها في حصته.

والضرب الثاني: أن يكون البياض ضيقاً لا يحتمل القسمة لأنه حريم للبئر لا يمكن أن يفرد عنها على حسب اختلاف الفقهاء في قـدر الحريم فيكـون حكمها حكم البئـر التي ليس حولها بياض لها لأنه لقلته وتعذر إفراده عنها تبع لها، وإذا اتسع صارت البئر تبعاً له، وإذا كان كـذلك ولم يكن حـول البئر بيـاض أو كان يسيـراً لا يحتمل القسم فـلا يخلو حالهـا من أحـد أمرين:

إما أن تكون واسعة أو ضيقة، فـإن كانت ضيقـة لا تحتمل القسم فـلا شفعة فيهـا على مذهب الشافعي رضي الله عنه. وقد روي عن عثمـان بن عفان رضي الله عنـه: «**أَنَّهُ لاَ شُفْعَـةَ فِي بِئْرٍ وَلاَ فَحْلٍ والأُرُقُ تَقْـطَعُ كُلَّ شُفْعَـةٍ.**» يعني بالفحـل: فحل النخـل يكون للرجـل في أرض غيره من غير شرك في الأرض، والأرق المعالم.

وإن كانت البئر واسعة تحتمل القسمة كآبار البادية فلها حالتان: إحداهما: أن تكون يابسة لم يوصل إلى الماء فالشفعة فيها واجبة لأنه إذا قسمت، وصار كل واحد منهم أمكن أن يحجزها ويحفرها بئراً.

والحالة الثانية: أن يكون فيها ماء قد وصل الحفر إليه فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون ينبوع الماء من جميعها، وخارج من سائر قرارها، فالشفعة فيها واجبة لأنها إذا قسمت وجعل بين الحصتين حاجزاً كانت بئراً مفردة.

والضرب الثاني: أن يكون ينبوع الماء في جانب منها فلا شفعة فيها لأنه وإن أمكن قسمتها لسعتها فقد يحصل ينبوع الماء في جانبها لإحدى الحصتين فتصير إحدى الحصتين بئراً، والأخرى غير بئر فلم يصح القسم ولم تجب الشفعة.

فصل: ومن ذلك الحمام، فإن كان واسعاً ذا بيوت إذا قسم حصل في كل حصة بيوت يمكن أن يصير حماماً وكان أتونه واسعاً إذا قسم بين الحصتين اتسعت كل حصة بما صار لها من الأتون واكتفى به قسم جبراً ووجبت فيه الشفعة وإن كان ضيقاً تقل بيوته إذا قسمت عن كفاية حمام ويصغر أتونه عن القسمة وتزول عنه المنفعة كالذي نشاهده في وقتنا من أحوال الحمامات فلا شفعة فيه على مذهب الشافعي رضي الله عنه فإن قيل: فإذا كانا حمامين فقد يصير أحد الحمامين لأحد الشريكين فهلا وجبت فيها الشفعة؟ قلت: إنما تعتبر القسمة بحال كل واحد منهما على الانفراد ولا يلزم في القسمة عندنا أن ينفرد أحدهما بأحد الحمامين والآخر بالآخر إلا عن تراض.

فصل: ومن ذلك الرحاء فلا شفعة فيه إن بيع منفرداً عن أرضه، كما لا شفعة في البناء منفرداً، وإن بيع مع أرضه فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون الأرض ضيقة كبيوت الأرحاء التي لا سعة فيها لغير الرحاء فلا شفعة فيها على مذهب الشافعي رضي الله عنه لأنها لا تنقسم جبراً.

والضرب الثاني: أن تكون الأرض واسعة يختص الرحا بموضع منها كأرحاء البصرة في أنهارها، فقد اختلف أصحابنا في إطلاق بيع الأرض هل يوجب دخول الرحاء فيه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن تدخل فيه علواً، وسفلاً فعلى هذا تجب فيه الشفعة تبعاً للأرض كالبناء.

والوجه الثاني: لا يدخل فيه العلو، ولا السفل. فعلى هذا لا شفعة فيه إن شرط في البيع كالزرع، ويأخذ الأرض بحصتها من الثمن.

والوجه الثالث: يدخل فيه السفل دون العلو فعلى هذا تجب الشفعة في السفل دون العلو. فأما بيت الرحاء فداخل في البيع على الوجوه كلها والشفعة فيه واجبة كسائر الأبنية.

فصل: ومن ذلك الدولاب في الأرض فإن أفرد بالبيع فلا شفعة فيه، وإن بيع مع الأرض فاختلف أصحابنا: هل يقتضي إطلاق البيع دخوله فيه تبعاً له على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنه يدخل فيه تبعاً كالبناء لاتصاله فعلى هذا تجب الشفعة فيه.

والثاني: أنه لا يدخل فيه لتميزه فعلى هذا لا شفعة فيه.

والثالث: إن كان كبيراً لا يمكن نقله على حاله صحيحاً دخل في البيع وجبت فيه الشفعة تبعاً، وإن كان صغيراً يمكن نقله على حاله صحيحاً لم يدخل في البيع ولم تجب فيه الشفعة.

فصل: ومن ذلك المعدن: وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون جارياً كمعادن القار، والنفط فيكون حكمه حكم البئر والعين. إن كان ضيقاً لا يصير ما قسم معدناً فلا شفعة فيه، وإن كان واسعاً نظر، فإن كان ينبوعه في أحد جوانبه فلا شفعة فيه، وإن كان ينبوعه من جميع جوانبه ففيه الشفعة. ثم ينظر: فإن كان ما ينبع منه يجتمع فيه، ولا يخرج منه فهل يكون ما اجتمع فيه وقت العقد داخلاً في البيع، ومأخوذاً بالشفعة على وجهين:

أحدهما: يدخل فيه كاللبن في الضرع، ويؤخذ بالشفعة؛ لأنه يتبع لما فيه الشفعة كالثمرة غير المؤبرة.

والوجه الثاني: لا يدخل في البيع كالولد المنفصل، والثمرة المؤبرة لظهوره كامل المنفعة. فإن شرط في العقد دخل فيه، ولم تجب فيه الشفعة.

وإن كان ما ينبع جارياً لا يجتمع فيه فعلى قول أبي إسحاق لا يملك إلا بالإجارة والأخذ، وإذا خرج عن معدنه لم يمنع الناس منه، وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة أنه مملوك قبل إجارته، وله منع الناس منه، فإذا خرج عن معدنه فعلى هذا هل يكون داخلاً في البيع إذا كان ظاهراً وقت العقد على ما ذكرنا من الوجهين؟

والضرب الثاني: أن يكون المعدن جامداً كمعادن الصفر والنحاس فكل ما دخل فيه داخل في البيع؛ لأنه تربة المعدن فصار كالأرض ثم ينظر فإن كان قسمته ممكناً، وتصير كل حصة منه إذا قسمت معدناً وجبت فيه الشفعة وإن كان بخلافه فلا شفعة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ**: «وَأَمَّا الطَّرِيقُ الَّتِي لَا تُمْلَكُ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا وَلَا بِهَا».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في مراد الشافعي بذلك فقال أبو علي بن أبي هريرة،

وأبو حامد الإسفراييني أراد بـه أبا حنيفـة في الدار أن تكـون على طريق نـافذة فـلا شفعة في حقها من الطريق من مسلك أو فناء، وهذا إجمـاع، لأنه غيـر مملوك العين وإنما هـو مستحق المنفعة ولا شفعة بهذا الطريق فيما جاور أو قابل بخلاف قول أبي حنيفة؛ لأنه لما لم يستحق فيه الشفعة فأولى أن لا يستحق به الشفعة، وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي الطبري: أراد به مالكاً في الدار يكون لنا طريق مستحق في دار أخرى من غير ملك في التربة فلا شفعـة في هذا الطريق وحدها؛ لأنها منفعة مستحقة وليست عيناً مملوكـة، ولا شفعة بهـذا الطريق فيمـا هو مستحق فيه من الأرض ولا لهذه الأرض شفعة فيما يستحق له بهذا الطريق، بخـلاف قول مالك فإنه جعل الشفعة بهذا الطريق واجبة لكل واحـدة من الدارين في الأخـرى وبه قـال أبو العباس بن سريج استدلالاً برواية أبي سلمة عن جابر قال: «إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فِي كُـلِّ مَالٍ لَمْ يُقَسَّمْ فَـإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُـرِفَتِ الطُّرُقُ فَـلَا شُفْعَةَ». فـدل على أن ما لم تصرف فيه ففيه الشفعة، ولأنه قد يتأذى بسوء الاستـطراق كما يتـأذى بسوء الاشتـراك فاقتضى أن يستحق الشفعة بها كما يستحق بأحدهما وهذا خطأ، لرواة أبي سلمة عن أبي هريرة قـال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا قُسِّمَتِ الْأَرْضُ وَحُدَّتْ فَلَا شُفْعَـةَ فِيها» ولأن المنـافع المستحقـة في الأملاك لا توجب الشفعة كالإجارة.

ولأن تميـز الأملاك يمنـع من استحقاق الشفعـة كصـرف الـطرق ولأن مـا لا يملك فيـه الشفعة فأولى أن لا تملك به الشفعة.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ» فهو أنه ليس ارتفاع الشفعة بوقوع الحـدود وصرف الـطرق دليلاً على ثبـوت الشفعة بـوقوع الحـدود وبقاء الطرق وإنمايحتاج إلى طلب الدلالة عليه، وقد روي أنه قال: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» فنستعمـل الخبرين فنقـول إذا وقعت الحدود وصـرفت الطرق فـلا شفعة بـالخبر الأول، وإذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق فلا شفعة بالخبر الثاني كما روي أنه قـال: «مَنْ مَسَّ فَرْجَـهُ أَوْ أُنْثَيَيْهِ تَوَضَّأ».

وروي «مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ تَوَضَّأ» وقـد قيل: إنمـا ذكر صـرف الطرق لئـلا يقول قـائل: إن الطريق المملوكة تبطل الشفعة فيها لبطلانها في المحدود عنها، فأثبت الشفعة في الطريق مع بطلانها في الأصل، وأما التأذي بسوء الاستطراق فليس مجرد الأذى علة في استحقاق الشفعة ما لم ينضم إليه الخوف من مؤونة القسمة، وقد مضى ذلك في غير موضع. والله أعلم.

مسـألة: **قَـالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَأَمَّـا عَـرَصَـةُ الـدَّارِ تَكُـونُ مُحْتَمِلَةً لِلْقَسْمِ وَلِلْقَوْمِ طَرِيقٌ إِلَى مَنَازِلِهِمْ فَإِذَا بِيعَ مِنْهَا شَيْءٌ فَفِيهِ الشُّفْعَةُ».

قال الماوردي: وصورتها في عرصة تحيط بها دور وهي مشتركة بين أرباب الدور مرفوعة بين أهلها بخلاف الطريق النافذة لبيع كل واحد منهم لحصته جائز والبناء فيها شائع فإذا باع أحدهم داره مع حصتها من العرصة فقد قال مالك وأبو العباس بن سريج إن الشفعة واجبة في الدار المحوزة وفي حصتها من العرصة كالمسألة الماضية، وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه لا شفعة فيها، وإن كانت واسعة تحتمل القسمة وينتفع كل واحد منهم بحصته من العرصة فلا يخلو حال الدار المبيعة من أن يكون لها طريق من غير العرصة أم لا فإن كان لها طريق من غير العرصة وجبت الشفعة لحصتها من الثمن ويكون المشتري بدخوله على هذه الحالة مؤثراً لتفريق صفته وقد سقط حق المشتري من استطراق العرصة لزوال ملكه بالشفعة عما اشتراه من العرصة وإن لم يكن للدار المبيعة طريق من غير العرصة ففي وجوب الشفعة في العرصة ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا شفعة فيها وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه لأن ما لا تستغني الدار عنه فهو من مرافقها التي لا يصح إفراده عنها، ولأنه لا يجوز أن يزال الضرر عن الشركاء بإدخال ما هو أعظم منه على المشتري.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الشفعة واجبة في العرصة ويبطل استطراق المشتري فيها لأنه دخل على علم واختيار فصار هو المضر بنفسه.

والوجه الثالث: أن الشفعة في العرصة واجبة وحق الاستطراق فيها ثابت بغير ملك في التربة لزوال الضرر عن الفريقين، وعلى الوجه الذي قبله يكون البيع جائزاً فعلى هذا لو أخذت حصة الدار من العرصة بالشفعة واستحق المشتري الاستطراق إلى داره في العرصة نظر في أخذ الحصة فإن أخذها جميع الشركاء في العرصة فله حق الاستطراق على جميعهم حتى لو اقتسموا كان له أن يستطرق حصة من شاء منهم وإن أخذ الحصة أحدهم ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لم يستحق الاستطراق في حصة غير الآخذ منه بالشفعة دون غيره من الشركاء حتى لو اقتسموا لم يكن له استطراق حصة غيره ولأن طريق الدار صار في حصته.

والوجه الثاني: أنه يستحق الاستطراق على جميعهم لأن حقه منفعة شائعة في جميع العرصة فلم يصح إجارتها بالقسمة والله أعلم.

فصل: فأما إذا اتسعت العرصة عن استطراق الشركاء لو اقتسموا فكان نصفها لو اقتسموه كافياً لاستطراقهم فالشفعة في الفاضلة من العرصة من استطراقهم واجبة وجهاً واحداً ولا يتملك المشتري في استطراقها وفي وجوبها في المستطرق ثلاثة أوجه على ما ذكرنا.

والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلِوَلِيِّ الْيَتِيمِ وَأَبِي الصَّبِيِّ أَنْ يَأْخُذَا بِالشُّفْعَةِ لَمَنْ يَلِيَانِ إِذَا كَانَتْ غِبْطَةً فَإِنْ لَمْ يَفْعَلَا فَإِذَا وَلِيَا مَالَهُمَا أَخَذَاهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال:

اعلم أن الصبي والمجنون إذا وجبت لهما الشفعة لم يخل حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون في أخذها لهما حظ وغبطة فعلى وليهما أن يأخذها لهما وقال ابن أبي ليلى لا يجوز للولي أن يأخذها لهما لأنها موقوفة على شهوات النفوس. وهذا خطأ لأن الولي مندوب إلى فعل ما عاد بصلاح من يلي عليه في استيفاء حقوقه كالديون والرد بالعيب وليس إذا كان الأخذ بالشفعة موقوفاً على شهوات النفوس ما يوجب امتناع الولي منه إذا كان فيه صلاح له كشراء الأملاك هو موقوف على الشهوات وللمولى أن يشتري له منها ما كان فيه الصلاح، فإذا تقرر هذا فللولي حالتان:

حالة يأخذ الشفعة وحالة يردها، فإن أخذها لزمت الأولى عليه وصارت ما كان له ولم يكن له إذا صار رشيداً أن يرد كما لا يرد ما اشتراه إذا كان له فيه غبطة وإن عفا الولي عنها ولم يأخذها فللمولى عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذها، وقال أبو حنيفة، قد بطلت شفعته برد الولي وليس له أخذها إذا بلغ لأن عفو من له الأخذ يبطلها كالشريك.

وهذا فاسد لأن عفو الولي عن الحقوق الثابتة مردود كالإبراء والرد بالعيب وإن كان من الملك قاضيا.

فصل: والقسم الثاني: أن لا يكون للمولى عليه حظ في أخذ الشفعة إما لزيادة الثمن وإما لأن صرف ذلك في غيره من أموره أهم فلا يجوز للولي أن يأخذها كما لا يجوز أن يشتري له ما لا حظ له في شرائه ولا يصير الشقص للولي بخلاف الشراء.

والفرق بينهما: أن الولي لما جاز له أن يشتري لنفسه ما اشترى لمن يلي عليه جاز أن يصير له الشراء عند بطلانه لمن يلي عليه ولما لم يجز أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما يأخذه لمن يلي عليه لم يجز أن تصير له الشفعة عند بطلانها لمن يلي عليه.

فإذا تقرر أن الشفعة مردودة والولي من أخذها ممنوع فبلغ المولى عليه رشيداً فأراد أخذ الشفعة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن شفعته قد بطلت بترك وليه وليس له أخذها بعد رشده لأنه لما قام أخذ الولي مقام أخذه ولم يكن له الرد قام رد الولي مقام رده ولم يكن له الأخذ كالرد بالعيب طرداً وكالقصاص عكساً لما لم يكن للولي أخذه لم يؤثر فيه رده.

والوجه الثاني: أن شفعته باقية لا تبطل بترك وليه، وله أخذها بعد رشده لأن اعتبار الحظ في الأخذ بالشفعة إنما يكون لمن أخذها لغيره كالولي ولا يعتبر فيمن أخذها لنفسه ألا ترى أن الشفيع لو أخذ لنفسه ما لا حظ له في أخذه جاز فلذلك منع الولي من أن يأخذها عند عدم الحظ في أخذها لأنه وال ووجود الحظ معتبر في أخذه وجاز للمولى عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذها مع عدم الحظ في أخذها لأنه مالك ووجود الحظ غير معتبر في أخذه.

فصل: والقسم الثالث: أن يستوي حظ المولى عليه في أخذ الشفعة وتركها ففي أخذ الولي لها ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز أن يأخذها ما لم يظهر الحظ في أخذها لأن وجود الحظ معتبر فيه.

والوجه الثاني: أنه يجب عليه أن يأخذها لأن الأخذ بالشفعة أحظ ما لم يظهر ضرر.

والوجه الثالث: أنه مخير بين أخذها وتركها لاستواء الحالين فعلى هذا إن قلنا بوجوب أخذها عليه وأنه مجبر فتركها فللمولى عليه أذا بلغ رشيداً أن يأخذها وإن قلنا بمنعه من أخذها فهل للمولى عليه أن يأخذها بعد رشده على ما ذكرنا من الوجهين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ اشْتَرَى شَقْصاً عَلَى أَنَّهُمَا جَمِيعاً بِالْخَيَارِ فَلَا شُفْعَةَ حَتَّى يُسَلِّمَ الْبَائِعُ (قَالَ) وَلَوْ كَانَ الْخَيَارُ لِلْمُشْتَرِيَ دُونَ الْبَائِعِ فَقَدْ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَفِيهِ الشُّفْعَةُ».

قال الماوردي: اعلم أن ما يثبت من الخيار في البيع على أربعة أقسام:

خيار عقد، وخيار شرط، وخيار رؤية، وخيار عيب:

أما القسم الأول فهو خيار العقد وهو خيار المجلس فلا يستحق فيه الشفعة إلا بعد نقضه بالافتراق عن تمام وإمضاء، وسواء قيل إن الملك منتقل بنفس العقد أو بالافتراق مع تقديم العقد لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشتري فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع، فإذا افترقا عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة، وبماذا يصير الشفيع مالكاً لها على ثلاثة أقاويل من اختلاف أقاويله في انتقال الملك:

أحدهما: أن يكون مالكاً لها بنفس العقد وإن منع من الأخذ إلا بالافتراق وهذا على القول الذي يقول فيه إن الملك منتقل بنفس العقد.

والقول الثاني: أن يكون مالكاً للشفعة بافتراقهما عن تراض وهذا على القول الذي يقول فيه إن الملك لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق.

والقول الثالث: أن ملك الشفعة كان موقوفاً على إبرام العقد وإمضائه فتمامه يدل على

تقديم ملكها بالعقد وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد وهذا على القول الذي يقول فيه: إن الملك موقوف مراعاً.

فإذا أخذ الشفيع ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل يثبت له بعد الأخذ خيار المجلس أم لا على وجهين لأصحابنا:

أحدهما: أنه له خيار المجلس لأنه تملكه بمعاوضة كالبيع.

والوجه الثاني: وهو أصح أنه لا خيار له لأن الشفعة موضوعة لدفع الضرر بها كالرد بالعيب الذي لا يملك فيه بعد الرد خيار، وليس كالبيع الموضوع للمعاينة وطلب الأرباح.

فصل: وأما القسم الثاني وهو خيار الشرط فهي مسألة الكتاب، وله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشتري.

والحال الثاني: أن يكون مشروطاً للبائع دون المشتري.

والحال الثالث: أن يكون مشروطاً للمشتري دون البائع، فإن كان الخيار مشروطاً للبائع والمشتري أو مشروطاً للبائع دون المشتري فلا حق للشفيع في الأخذ بالشفعة ما لم تنقض مدة الخيار لما ذكرنا في خيار المجلس فإذا تم البيع بينهما بتقضي مدة الخيار واستحق الشفيع حينئذ الأخذ بالشفعة بماذا يصير مالكاً لها على ما مضى من الأقاويل الثلاثة.

وإن كان الخيار مشروطاً للمشتري دون البائع فقد روى المزني ها هنا أن للشفيع أخذه بالشفعة.

ورواه الربيع أيضاً قال الربيع وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع في أخذه إلا بعد أن تنقضي مدة الخيار.

وجملته أنه يترتب على اختلاف أقاويله في انتقال الملك فإن قيل: إنه لا ينتقل إلا بالعقد وانقضاء مدة الخيار أو أنه موقوف مراعاً فلا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار لأن الشفيع يملك عن المشتري فامتنع أن يملك ما لم يملك المشتري، وإن قيل إن الملك قد انتقل بنفس العقد ففيه قولان:

أحدهما: وهو رواية المزني أن فيه الشفعة لأنه علقة البائع عنه منقطعة وخيار المشتري فيه كخياره في الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الأخذ.

والقول الثاني: وهو رواية الربيع: أنه لا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار ولأن المشتري لم يرض بدخوله في عهدة العقد فخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذي قد يحصل له من جهة الشفيع، ثم يتفرع على هذا ثلاثة فروع:

فالفرع الأول: أن يتفق البائع والمشتري على اشتراط الخيار لهما في العقد ويكذبهما الشفيع ويدعي أن العقد وقع ناجزاً من غير خيار شرط فيكون القول قول البائع والمشتري واليمين واجبة على المشتري منهما دون البائع لأن انتزاع الملك من يده فيحلف له لأن الأصل بقاؤه على ملكه ويده ولا شفعة للشفيع بعد يمين المشتري إلا بانقضاء مدة الخيار، وهكذا لو كان البائع غائباً فادعى المشتري اشتراط خيار الثلاث لهما أو للبائع وحده وأكذبه الشفيع كان القول قول المشتري مع يمينه ولا شفعة إلا بانقضاء مدة الخيار.

والفرع الثاني: أن يدعي البائع اشتراط خيار الثلاث وينكره المشتري والشفيع فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: القول قول البائع ولا شفعة وعلى قول محمد بن الحسن القول قول المشتري وفيه الشفعة وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه أنهما يتحالفان كما يتحالفان في اختلاف الثمن فإذا تحالفا ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان:

أحدهما: قد بطل بتحالفهما ولا شفعة فيه.

والوجه الثاني: أنه لا يبطل إلا بفسخ الحاكم فعلى هذا يكون المشتري بالخيار بين إمضاء البيع بخيار الثلاث للبائع وبين فسخه وخياره، وهذا على الفور لأنه خيار حكم فإن اختار المشتري فسخه بطل البيع ولا شفعة فيه وليس للشفيع أن يجبر المشتري على إمضاء البيع بخيار الثلاث لأنه إجبار على التزام عقد، وإن اختار المشتري إمضاء البيع بخيار الثلاث للبائع ثبت للبائع خيار الثلاث فإن اختار فيها فسخ البيع انفسخ ولا شفعة فيه وإن اختار فيها إمضاء البيع فللمشتري أخذ الشقص بثمنه ثم للشفيع أخذه من يده بمثل ثمنه.

والفرع الثالث: أن يدعي المشتري اشتراط خيار الثلاث وينكره البائع والشفيع فإن قيل إن للشفيع أن يأخذه بالشفعة في خيار المشتري فلا تحالف بين البائع والمشتري وللشفيع أخذه بالشفعة. وإن قيل: إنه لا حق للشفيع فيه إلا بانقضاء خيار المشتري تحالف البائع والمشتري على الخيار فإذا تحالفا فقد بطل البيع في أحد الوجهين ولا شفعة فيه.

والوجه الثاني: لا يبطل إلا بفسخ الحاكم فعلى هذا يكون للبائع الخيار على الفور في إمضاء البيع بخيار الثلاث للمشتري أو فسخه فإن فسخه فقد بطل البيع ولا شفعة فيه.

وإن أمضاه ثبت خيار الثلاث للمشتري فإن فسخ البيع فيها فلا شفعة فيه وإن أمضاه أخذه الشفيع منه.

فصل: وأما القسم الثالث وهو خيار الرؤية: أن يعقدا بيع العين الغائبة ففي البيع قولان:

أحدهما: باطل ولا شفعة فيه.

والقول الثاني: جائز ثم للشفيع في رؤية الشقص المبيع حالتان:

إحداهما: أن يكون قد رآه فلا يجوز أن يأخذه إلا بعد رؤية المشتري له لأن العقد قبل رؤيته غير لازم له سواء قيل: إن خياره جار مجرى خيار البدل والقبول أو جار مجرى خيار المجلس لأن كل واحد من الخيارين لا يملك الشفيع فيه الشفعة إلا بعد انقضائه على الصحة.

والحالة الثانية: أن يكون الشفيع لم ير الشقص المبيع فهل يجوز له أخذه قبل الرؤية أم لا على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في جواز البيع على خيار الرؤية:

أحدهما: لا يجوز له أخذه قبل الرؤيةعلى قوله في المنع من بيع خيار الرؤية لأنه يحل في أخذه بالشفعة محل المشتري وسواء رضي المشتري بأخذه قبل الرؤية أو لم يرض كما يبطل شراء المشتري على هذا القول سواء رضي البائع أو لم يرض.

والقول الثاني: أن أخذ الشفيع قبل الرؤية جائز على قوله أن البيع بخيار الرؤية جائز فعلى هذا يكون المشتري بالخيار بين تسليم الشقص إليه قبل رؤيته وبعد أن يصفه له كما يصفه البائع للمشتري وبين أن يمنعه حتى يراه فيسقط خياره بالرؤية لأن المشتري لا يلزمه تسليم شقص ثبت للشفيع فيه خيار الرؤية.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو خيار العيب: فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون في الشقص.

والثاني: أن يكون في الثمن، فإذا كان العيب في الشقص فالخيار فيه للمشتري وللشفيع أن يأخذ منه بعيبه ويمنعه من رده لأن رد المشتري له بالعيب إنما هو لاستدراك الغبن وهو يستدركه من الشفيع بالوصول إلى جميع الثمن فعلى هذا لو حضر الشفيع وقد رده المشتري بالعيب كان للشفيع إبطال رده واسترجاع الشقص من بائعه لأن الرد بالعيب قطع للعقد وليس برافع للأصل فلم يكن للمشتري إبطال حق الشفيع كما لو باعه وأراد الشفيع إبطال بيعه كان له ليتوصل به إلى شفعته، فلو كان المشتري عند ظهوره على عيب الشقص صالح البائع على أرشه وحضر الشفيع مطالباً بالشفعة فله أخذه بالباقي من الثمن بعد إسقاط الأرش إن قيل بجواز أخذ الأرش صلحاً مع بقاء العين في أحد الوجهين وإن قيل إنه لا يجوز في الوجه الثاني أخذه الشفيع بجميع الثمن.

فأما إن كان العيب في الثمن فسيأتي في تفريع المزني.

فصل: فأما ثبوت الخيار في الشقص الذي يملك به الشفعة فإن كان خيار عيب لم يمنع من أن يملك به الشفعة لبقائه على ملك مشتريه ما لم يرده وإن كان خيار رؤية لم يملك

به المشتري الشفعة سواء قيل بصحة البيع أو بفساده لأنه إما أن يكون غير مالك إن بطل البيع أو غير مستقر الملك إن صح فأما البائع فإنه يملك به الشفعة إن قيل ببطلان البيع وفي ملك الشفعة به مع صحة البيع وجهان مبنيان على اختلافهم في لزوم البيع في خيار الرؤية قبل وجود الرؤية، وأما خيار المجلس فلا يملك البائع فيه شفعة بالشقص الذي هو في مجلس بيعه وخياره سواء قيل: إن ملكه قد انتقل بالعقد، أو قيل: إنه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار لأنه إن قيل بزوال ملكه فلا شفعة له بما زال ملكه عنه، وإن قيل ببقاء ملكه فبيعه رضى منه بإسقاط شفعته، وأما المشتري فإن فسخ العقد فلا شفعة له بما لم يستقر ملكه عليه وإن تم له البيع.

فإن قيل: إنه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار فلا شفعة له لأنه كان غير مالك.

وإن قيل بانتقال الملك إليه بالعقد أو قيل بوقوفه ومراعاته ففي استحقاق الشفعة به وجهان:

أحدهما: له الشفعة به لدخوله في ملكه، **والوجه الثاني**: لا شفعة له به لأن ملكه غير مستقر لا يجوز أن يعاوض عليه فلم يجز أن يملك به.

وأما خيار الثلاث: فإن كان لهما فحكمه حكم خيار المجلس وكذا إن كان الخيار للمشتري وحده ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا شفعة لواحد منهما: أما البائع فلما في بيعه من الرضا بإسقاط حقه، وأما المشتري فلعدم ملكه أو لعدم استقراره.

والوجه الثاني: أنها للبائع لأن في اشتراط الخيار لنفسه تمسكاً بما تعلق به من حقوقه.

والوجه الثالث: أنه موقوف مراعاة فإن تم البيع بينهما فالشفعة للمشتري.

وإن انفسخ فالشفعة للبائع اعتباراً بما يفضي إليه أحوالهما.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَلَوْ كَانَ مَعَ الشُّفْعَةِ عَرَضٌ وَالثَّمَنُ وَاحِدٌ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الشُّفْعَةَ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا بيع الشقص عرض بثمن واحد وجبت الشفعة في الشقص دون ما ضم إليه من العرض وسواء كان العرض المضموم إليه مما ينتفع به في الشقص أم لا، وقال مالك إن كان العرض المضموم إليه مما يستعمل في الشقص المشترك كبقرة الدولاب والحرث والعبد العامل في الأرض وكالدلو والحبل أخذ بالشفعة مع الشقص تبعاً كما ضم إليه في العقد تبعاً كالنخل والبناء.

وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ»، فاقتضى نفي الشفعة عما قسم ولأن ما لا تجب فيه الشفعة بانفراده لا تجب فيه الشفعة بانضمامه مع غيره عند انفصاله قياساً على غير العوامل من البقر والعبيد ولأن ما لا تجب فيه الشفعة مع فقد العمل لم تجب فيه الشفعة مع وجود العمل قياساً على المفرد بالعقد.

فأما الجواب عن قياسه على النخل والبناء فالمعنى فيه أنه لما دخل النخل والبناء تبعاً في البيع وجبت فيه الشفعة تبعاً ولما لم تدخل البقرة والعبد في البيع لم تجب فيه الشفعة.

فصل: فإذا ثبت وجوب الشفعة في الشقص وحده دون العبد المضموم إليه فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن لأن الصفقة إذا جمعت شيئين يقسط الثمن عليهما كما لو استحق أحدهما أو رد بعيب.

واعتبار أخذه بالحصة أن يقوم الشقص يوم العقد فإن كانت قيمته ألفاً قوم العبد فإن كانت قيمته خمسمائة علم أن الشقص في مقابلة ثلثي القيمة فيأخذه الشفيع بثلثي الثمن زائداً كان الثمن أو ناقصاً ثم لا خيار للمشتري في رد العبد بتفريق الصفقة عليه لأنه لما ضم ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة كان هو العالم بتفريقها والرضى به ومن دخل على علم بعيب لم يملك الرد به.

فصل: وأما إذا اشترى الرجل شقصين من دارين في صفقة واحدة بثمن واحد لم يخل مستحق الشفعة فيها من أن يكون واحداً أو اثنين فإن كان مستحقها اثنين لكل شقص منهما شفيع وكان كل واحد منهما مخيراً في أخذ ما في شفعته بحصته من الثمن أو تركه فإن أخذا أو تركا أو أخذ أحدهما وترك الآخر فكله جائز وإن كان مستحق الشفعة فيها واحداً ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الأظهر من المذهب أن يأخذهما أو يتركهما وليس له تفريق الصفقة بأخذ أحدهما لاستحقاق الشفعة فيهما كما ليس له تفريقها بأخذ البعض.

والوجه الثاني: أنه يجوز له أن يأخذ أي الشفعتين شاء لتميزه وأن الشفعة موضوعة لإزالة ضرره وربما كان ضرره بأحدهما أكثر ويلحقه بأخذ الآخر ضرر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَعُهْدَةُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ».

قال الماوردي: أما العهدة فمشتقة من العهد لما عليه من الوفاء بموجبه قال الله تعالى:

﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل: ٩١] فلأجل ذلك سمى ضمان الدرك عهدة ثم يسمي كتاب الشراء عهدة لأنه قد يتضمن ذلك.

واختلف الفقهاء في عهدة الشفيع فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع.

وقال ابن أبي ليلى عهدة الشفيع على البائع.

وقال أبو حنيفة: إن كان الشفيع قد قبضه من المشتري فعهدته على المشتري وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشتري وكانت عهدته على البائع.

فأما ابن أبي ليلى فاستدل بأن البائع أصل و المشتري فرع فكان الرجوع إلى البائع أولى من المشتري لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل.

قال: ولأن المشتري يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء على الشفيع ثم ثبت في شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل كذلك استحقاق الشفيع.

وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع أن يفسخ عقد المشتري بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده فيه لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك.

ودليلنا: هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشتري بدليل أنه لو تركه لكان مقراً على ملك المشتري ولو حدث منه نماء لكان للمشتري فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري وتحريره قياساً: أن انتقال الملك بالعوض يوجب تمليك المعوض فوجب أخذه بالعهدة كالبائع ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق في الرد بالعيب كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقاً على المشتري دون البائع وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشتري دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه أحد نوعي ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشتري دون البائع قياساً على الرد بالعيب.

والثاني: أن من استحق عليه الثمن في الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن في الاستحقاق بالعيب قياساً على المشتري لو كان بائعاً.

فأما الجواب عن استدلال ابن أبي ليلى: بأن البائع أصل والمشتري فرع فمنتقض بالمشتري لو باع على الشفيع ثم نقول إن المشتري وإن كان فرعاً للبائع فهو أصل للشفيع.

وأما الجواب عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه من المشتري وبين تركه عليه صار مالكاً عنه لا عن البائع ولما لم يكن للموكل خيار في أخذه من الوكيل وتركه عليه صار مالكاً عن البائع دون الوكيل.

والثاني: أنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشتري دون البائع صار مالكاً عنه لا عن البائع ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكاً عنه لا عن الوكيل.

وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة: بأنه لما ملك إزالة ملكه دفع عقده فمن وجهين:

أحدهما: أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ولا يملك دفع عقده فكذلك قبل القبض.

والثاني: أنه بالعقد ملك الشفعة وفي رفعه إبطال الشفعة.

فصل: فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشتري له أو من ينوب عنه ففيه وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: ليس له ذلك لأنه يحل محل المشتري في الأخذ بالثمن ولا يجوز شراء ما لم يقبض فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض، فعلى هذا يأخذ الحاكم المشتري بالقبض فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه فإن كان المشتري غائباً وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه.

والوجه الثاني: وهو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشتري لأن الشفيع يأخذه جبراً بحق وإن كره المشتري فجاز وإن كان قبل قبضه كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض ويبرأ البائع من ضمانها بقبض الشفيع لأنه يأخذها بحق توجه على المشتري وبالوجه الأول قال أبو إسحاق المروزي والله أعلم بالصواب.

فروع المزني رحمة الله عليه

قال المزني رحمه الله: هذه مسائل أجبت فيها على معنى قول الشافعي رضي الله عنه.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا تَبَرَّأَ الْبَائِعُ مِنْ عُيُوبِ الشُّفْعَة ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ كَانَ لَهُ الرَّد عَلَى الْمُشْتَرِي»**.

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقوله إذا تبرأ من عيوب الشفعة يعني من عيوب الشقص الذي فيه الشفعة فعبر عنه بما يؤول إليه ويستحق فيه وأراد بالبراءة ما يصح على ما

ذكرناه في البيوع وجملته أنه لا يخلو حال المشتري والشفيع في العيب الموجود في الشقص من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكونا عالمين فيعلم المشتري به عند العقد أو قبله بالوقوف عليه أو البراءة إليه ويعلم الشفيع به عند الأخذ فليس لواحد منهما رد الأرش وهو لازم لكل واحد منهما بعلمه.

والحالة الثانية: أن يكونا جاهلين به فالشفيع فيه بالخيار بين إمساكه ورده، فإن أمسكه فلا يقال للمشتري على البائع وإن رده على المشتري دون البائع فإذا صار إلى المشتري فهو بالخيار بين إمساكه ورده

والحالة الثالثة: أن يعلم به الشفيع ولا يعلم به المشتري فلا رد للشفيع مع علمه به وهو لازم له بأخذه ولا شيء للمشتري على البائع فإن عاد الشقص إلى المشتري بميراث أو هبة هل يستحق رده على البائع بعينه أم لا على وجهين ذكرناهما في البيوع.

والحالة الرابعة: أن يعلم به المشتري دون الشفيع وهي مسألة الكتاب فالشفيع لعدم علمه بالخيار فيه بين إمساكه ورده فإن رده فهو لازم للمشتري لعلمه بعيبه ولا رد له فلو ادعى المشتري علم الشفيع بعيبه عند أخذه وأنكر الشفيع فالقول قول الشفيع مع يمينه وله الرد فإن شهد البائع على الشفيع بعلمه بالعيب قبلت شهادته إن كان قد برىء كالمشتري مع عيبه لأنه لا يدفع بها عن نفسه ولم تقبل إن لم يبرأ إليه من عيبه لأنه يدفع بها عن نفسه.

فصل: فإذا ظهر المشتري على عيب في الشقص قبل أخذ الشفيع فأمسك عن رده انتظاراً للشفيع نظر: فإن كان الشفيع غائباً لم يلزمه انتظاره وبطل بالإمساك خياره، وإن كان حاضراً لزمه انتظاره ولم يبطل بالإمساك خياره لأن حضور الشفيع مع تعلق حقه بالشقص عذر في الإمساك ولا يكون عذراً إن كان غائباً.

مسألة: قَالَ المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنِ اسْتُحِقَّتْ مِنَ الشَّفِيعِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي وَرَجَعَ الْمُشْتَرِيَ عَلَى الْبَائِعِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عهدة الشفيع على المشتري دون البائع.

فإذا استحق الشقص من يد الشفيع فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يستحق في يده بتصديقه من غير بينة تشهد به فيلزمه تسليم الشقص بتصديقه وليس له أن يرجع على المشتري بدركه لأن قوله مقبول على نفسه وغير مقبول على غيره.

والحالة الثانية: أن يستحق من يده ببينة يكذبها فينتزع من يده بالبينة وإن أكذبها ولا يرجع على المشتري بالدرك لتكذيبها لما يتضمن تكذيبها من براءة المشتري ويعلم المستحق والله أعلم.

والحالة الثالثة: أن يستحق من يده ببينة لا يكذبها فإذا انتزع من يده رجع بدركه على المشتري فإن غاب المشتري وحضر البائع فصالحه الحاكم بالثمن على المشتري فصار ديناً عليه ثم حكم به على البائع للمشتري وصار ديناً له ثم قبضه من البائع للمشتري ودفعه عن المشتري إلى الشفيع.

مسألة: قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَاهَا بِدَنَانِيرَ بِأَعْيَانِهَا ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِوَزْنِهَا فَاسْتُحِقَّتِ الدَّنَانِيرُ الأُولَى فَالشِّرَاءُ وَالشُّفْعَةُ بَاطِلٌ لأَنَّ الدَّنَانِيرَ بِعَيْنِهَا تَقُومُ مَقَامَ الْعَرَضِ بِعَيْنِهِ فِي قَوْلِهِ وَلَو اسْتُحِقَّتِ الدَّنَانِيرُ الثَّانِيَةُ كَانَ عَلَى الشَّفِيعِ بَدَلُهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الشفيع يأخذ الشقص بمثل الثمن فإذا كان الثمن دنانيراً أخذه بمثل تلك الدنانير في الصفة والقدر فإن بذل عن الدنانير دراهم لم يلزم المشتري قبولها فإن تراضيا عليها جاز وكان بيعاً مستجداً تبطل معه الشفعة وإن امتنع ألا يأخذ إلا مثل دنانيره فدفع إليه الشفيع مثلها ثم استحقت دنانير المشتري في يد البائع فلا يخلو أن تكون معينة بالعقد أو غير معينة، فإن كانت معينة لتبايعهما عليها بأعيانها بطل البيع باستحقاقها كما يبطل باستحقاق ما تعين بالعقد من عروض وسلع.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل البيع بناء على أصله في أن الدراهم والدنانير لا يتعينان بالعقد وإن عينا وقد مضى الكلام معه في كتاب البيوع أنهما يتعينان في العقود وإذا ثبت بطلان البيع بتعينهما بالعقد بطلت الشفعة واسترجع الشقص من يد الشفيع لأنه يملكها عن المشتري فإذا بطل ملك المشتري بطل ملك الشفيع، وإن كانت الدنانير غير معينة لم يبطل البيع باستحقاقها لها لمساواة غيرها لها، وأخذ المشتري بمثلها والشفيع على شفعته لصحة البيع الذي استحقها به.

فصل: ولو استحقت دنانير الشفيع من يد المشتري فلا يخلو أن يكون قد عينها عند أخذ الشفعة أو لم يعينها، فإن لم يعينها لم تبطل شفعته باستحقاقها فإن أحضر بدلها كان على شفعته وإن أعسر ببدلها بطلت شفعته بإعساره، وإن كان قد عينها عند شفعته بأن قال قد أخذت الشقص بهذه الدنانير ففي تعيينها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أنها لا تتعين في الشفعة لأنه يملكها استحقاقاً فعلى هذا هو على شفعته إن أتى ببدلها فإن أعسر بالبدل بطلت شفعته.

والوجه الثاني: حكاه أبو حامد الإسفراييني أنها تتعين في الشفعة لأنها ملحقة بعقد البيع لاستحقاق الثمن فيها فعلى هذا قد صار بتعيينها مبطلاً لشفعته بغيرها.

مسألة: **قال المزني** رَحِمَهُ الله: وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِيَ بَعْدَ التَّفَرُّقِ فَهِيَ هِبَةٌ وَلَيْسَ للشَّفيعِ أَنْ يَحُطَّ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى من رجل شقصاً بألف درهم ثم إن البائع حط عن المشتري من الثمن مائة درهم فقد اختلف الفقهاء في وضع الحط له عن الشفيع على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول ابن أبي ليلى: أن الحطيطة يختص بها المشتري ولا توضع عن الشفيع ويأخذ الشقص بكل الألف، وسواء حط قبل التفرق أو بعده.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة: أن الحطيطة موضوعة عن الشفيع كوضعها عن المشتري ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن وهو تسعمائة وسواء حط قبل التفرق أو بعده.

والمذهب الثالث: وهو ما قاله الشافعي رضي الله عنه: أن الحطيطة إن كانت قبل التفرق فهي موضوعة عن الشفيع ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن وهو تسعمائة وإن كانت بعد التفرق اختص بها بالمشتري وأخذ الشفيع بكل الألف.

فأما ابن أبي ليلى: فاستدل بأن ما وجب بالعقد لم يلحق به ما حدث من بعد كالحادث بعد التفرق.

واستدل أبو حنيفة بأن ما اختص بالعقد كان ملحقاً به كالحادث قبل الافتراق. والكلام مع أبي حنيفة أخص لأن ابن أبي ليلى نبه على أصله في إبطال خيار المجلس والدلالة عليه هو أن ما سقط من الثمن بالإبراء بعد التزام المبيع لم يسقط في حق الشفيع قياساً على الإبراء من الجميع ولأن ما حصل بين متعاقدي المبيع من التبرع لا يتعدى إلى الشفيع كالتبرع بالزيادة في الثمن ولأن كل عقد لا يلحقه الزيادة لم يلحقه النقصان قياساً على ما بعد القبض ولأنه لو اشترى بالشقص ألف درهم وأعطاه بها ديناراً، وقيمة الألف مائة دينار أخذه الشفيع بالألف كلها كذلك في الإبراء من بعضها، فأما الجواب عن جمعهما بين ما قبل التفرق وبعده فهو أن العقد يلزم بالتفرق وانقضاء الخيار فلم يصح الجمع بين ما قبل اللزوم وبعده.

فصل: فإذا ثبت أن الحطيطة قبل التفرق راجعة إليهما بعد التفرق مختصة بالمشتري فكذلك خيار الثلاث هي راجعة إليهما قبل انقضاء الثلاث ومختصة بالمشتري بعد انقضاء الثلاث وهكذا حكم الحطيطة في الإقالة وبيع المرابحة إن كانت قبل انقضاء الخيارين فهي

موضوعة من الثمن في حق الفريقين، وإن كانت بعد انقضاء الخيارين فهي مختصة بالمشتري وحده والله أعلم.

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ اشْتَرَى شَقْصاً لَهُ فِيهِ شُفْعَةٌ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَعَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِينَ فَإِنْ نَكَلَ وَحَلَفَ الشَّفِيعُ قُضِيَتْ لَهُ بِالشُّفْعَةِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة فذهب البغداديون إلى أنها مصورة في شقص مشترك انتقل إلى ملك رجل ثم اختلف مالكه والشفيع فقال الشفيع ملكته بيع فلي شفعته وقال المالك ملكته بهبة أو ميراث فلا شفعة لك فيه فالقول فيه قول مالكه الذي هو في يده مع يمينه ولو أن من كان الشقص في ملكه صدق الشفيع على الابتياع لم يقبل قوله ولم تسمع شهادته عليه لأنه شاهد على فعل نفسه ومقر في ملك غيره، وإذاكان القول قول المالك مع يمينه نظر في جوابه للشفيع فإن كان قد أجابه عند ادعاء الشفعة بأن لا شفة لك فيه كان جواباً مقنعاً وأحلف بالله تعالى أنه لا يستحق فيه شفعة وإن كان قد أجابه بأن قال لم اشتره ففي يمينه وجهان:

أحدهما: أنه يحلف بالله أنه لم يشتره لتكون اليمين موافقة للجواب.

والوجه الثاني: أنه يحلف أنه لا يستحق فيها شفعة لأنها المقصودة بالدعوى فإن حلف برىء من الشفعة وإن نكل ردت اليمين على الشفيع وأحلف إن كان المالك قد أنكره الشفعة بالله تعالى أنه استحق الشفعة فيه بالشراء الذي ادعاه.

وإن كان المالك قد أنكره الشراء أحلف الشفيع أنه لقد اشتراه وهل يلزمه أن يقول في يمينه وأنه استحق الشفعة فيه أم لا على وجهين

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يلزمه وإن أحلفه الحاكم عليه كان استحباباً لأن هذا من حقوق المالك فلما لم يطالبه به لم يلزمه.

والوجه الثاني: أنه لازم لأن نقل الأملاك لا تجوز بالأمر المحتمل، وقد يجوز أن يكون قد عفا بعد الشراء، فإذا حلف على ما وصفنا حكم له بالشفعة، وفي الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يؤخذ منه ويدفع إلى المالك لئلا يؤخذ الشقص من يده بغير بدل.

فصل: وذهب البصريون إلى أن المسألة مصورة في أن صاحب اليد في الشقص المشترك قال عند ادعاء الشفعة عليه: أنا وكيل الغائب فيه ولم أملكه عنه، فيكون القول قوله مع يمينه، ؛ لأمرين من بد وإنكار، فإن حلف برىء من الشفعة فيه، وإن نكل ردت اليمين على الشفيع، فإن حلف حكم له بالشفعة ولا يكون ذلك حكماً على الغائب بنقل ملكه إلى الشفيع وإنما يكون رفعاً لبد الحاضر، ثم في الثمن وجهان:

أحدهما: يقبض من الشفيع ويوضع في بيت المال حتى يحضر الغائب؛ لئلا يتصرف فيه الشفيع بغير بدل.

والوجه الثاني: يقر في ذمة الشفيع إلى قدوم الغائب ويمكن من التصرف في الشقص بما لا يؤدي إلى استهلاكه، وإن باعه لم يمنع من بيعه، لأن الغائب على حقه فيه مع بقاء عينه، وهل يؤخذ بكفيل فيما حصل له عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يؤخذ به حفظا لحق الغائب.

والثاني: لا يؤخذ به؛ لأننا على غير يقين من استحقاقه، وما ذهب إليه البصريون أشبه بصورة المسألة لما ذكره المزني بعده.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِي رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَقَامَ الشَّفِيعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَقَامَ ذَلِكَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا أَوْدَعَهُ إِيَّاهَا قُضِيَتْ لَهُ بِالشُّفْعَةِ وَلَا يَمْنَعُ الشِّرَاءُ الْوَدِيعَةَ».

قال الماوردي: وصورتها أن يقول لصاحب اليد على الشقص عند ادعاء الشفعة عليه أنا وكيل لصاحبه مستودع في حفظه، فيقيم الشفيع البينة عليه بالشراء، ويقيم صاحب اليد البينة بأنه وكيل المستودع، ولا تتعارض البينتان، ويحكم ببينة الشفيع؛ لأنه لا يمتنع أن يكون وكيلاً مستودعاً ثم يصير مشترياً مالكاً، فإن أراد صاحب اليد أن يقيم البينة على أنه لم يشتر لم يجز؛ لأنها بينة على نفي مجرد.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ بَاعَا مِنْ رَجُلٍ شَقْصاً فَقَالَ الشَّفِيعُ أَنَا آخُذُ مَا بَاعَ فُلانٌ وَأَدَعُ حِصَّةَ فُلَانٍ فَذَلِكَ لَهُ فِي الْقِيَاسِ قَوْلُهُ وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى رَجُلَانِ مِنْ رَجُلٍ شَقْصاً كَانَ لِلشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّةَ أَيُّهُمَا شَاءَ».

قال الماوردي: وهما مسألتان:

إحداهما: متفق عليها، والأخرى مختلف فيها، فأما المتفق عليها فهي في شقص لرجل واحد باعه صفقة على رجلين فللشفيع أن يأخذ الشقص كله منهما وله أن يأخذ حصة أحدهما ويعفو عن الآخر؛ لأنهما عقدان، وأما المختلف فيها فهي في شقص لرجلين باعاه صفقة على رجل واحد بثمن واحد فعند الشافعي أن الشفيع بالخيار بين أن يأخذ من المشتري جميع الشقص، وبين أن يأخذ منه حصة أحد البائعين دون الآخر، وقال أبو حنيفة لا يجوز للشفيع أن يفرق صفقة المشتري، وله أن يأخذ الكل أو يدعه كما لو كان البائع وحداً، وهذا خطأ؛ لأنه عقد اجتمع في أحد طرفيه عقدان فوجب أن يكون في حكم العقدين

كما لو كان المشتري اثنين، ولأن اجتماع البائعين في عقد كافتراقهما في عقدين، ألا ترى أنه لو كان لكل واحد منهما عبد فباعاهما في عقد واحد بثمن واحد لم يجز؛ للجهالة بثمن كل واحد منهما، ولو كان لرجل واحد جاز للعلم بثمنهما، فعلى هذا لو كان الشقص لرجلين فباعاه معاً في عقد واحد على رجلين فحكم هذا العقد حكم أربعة عقود، فيكون للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالعقود الأربعة، وله أن يأخذ ثلاثة أرباعه بثلاثة عقود، نصفه من أحد المشترين بعقدين وربعه من الآخر بعقد واحد، وله أن يأخذ النصف بعقدين من أحد المشتريين أو من المشتريين، وله أن يأخذ الربع بعقد واحد من مشترٍ واحد، وهكذا لو باع مالك الشقص بعضه على رجل في عقد ثم باع باقيه في عقد كان الشفيع مخيراً في أخذ كل الشقص بالعقدين وفي أخذ إحدى الحصتين سواء كان المشتري واحداً أو اثنين.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ زَعَمَ الْمُشْتَرِيَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهُ إِيَّاهَا بِأَلْفَيْنِ قُضِيَ لَهُ بِأَلْفَيْنِ عَلَى الْمُشْتَرِيَ وَلَا يَرْجِعْ عَلَى الشَّفِيعِ لِأَنَّهُ مُقِرٌّ أَنَّهُ اسْتَوْفَى جَمِيعَ حَقِّهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى شقصاً وأخذه الشفيع من يده بألف ذكر المشتري أنها قدر ثمنه ثم إن البائع ادعى على المشتري أن الثمن ألفان فلا يخلو حال البائع والمشتري من أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن يصدقه المشتري على الألفين من غير أن تقوم له بينة فيلزم المشتري بتصديقه دفع الألف الثانية إلى البائع، وليس له أن يرجع بها على الشفيع إن أكذبه؛ لأن إقراره مقبول على نفسه ومردود على غيره، ثم إن كان المشتري قد عقد الشراء بنفسه لم يكن له إحلاف الشفيع إذا أكذبه؛ لأنه قد أكذب بقوله الأول دعواه الثانية، وإن كان قد استناب فيه وكيلاً آخر بالثمن عن قوله ففي إحلاف الشفيع وجهان:

أحدهما: يستحق إحلافه لإمكان ما قاله.

والوجه الثاني: لا يستحق إحلافه كما لو تولى عقده.

فصل: **والحالة الثانية** أن يكذب المشتري للبائع في ادعاء الألفين ولا يكون للبائع بينة، فمذهب الشافعي أنهما يتحالفان، وقال أبو حنيفة يكون القول قول المشتري مع يمينه؛ لأن الشقص لاستحقاقه بالشفعة يصير مستهلكاً، ومن مذهبه أن استهلاك المبيع يجعل القول عند الاختلاف قول المشتري، وقد تقدم الكلام معه، وإذا كان الواجب تحالفهما لم يخل حال الشفيع من أن يكون مصدقاً للبائع أو مكذباً له، فإن كان مصدقاً له جاز أن يشهد له على المشتري إن كان عدلاً؛ لأنه يستضر بها ولا ينتفع، وليس للمشتري أن يرجع بها على الشفيع

إذا غرمها؛ لأنه لا يدعيها وإن تعذر غرم المشتري لها بغيبة أو عسر فهل يستحق البائع أخذها من الشفيع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحق أخذها منه وإنْ صدقه عليها؛ لوجوبها على غيره وإقرار الشفيع بها لغيره.

والوجه الثاني: يستحق أخذها منه؛ لأن عقد البيع منتقل إليه وثمنه مستحق عليه، وإن كان الشفيع مكذباً للبائع تحالف البائع والمشتري ولم تبطل الشفعة لتحالفهما، سواء قيل إن العقد يبطل بالتحالف أو لا يبطل؛ لاستقرار الشقص على ملك الشفيع بالأخذ بخلاف ما مضى من تحالفهما قبل الأخذ، ثم هل يستحق البائع إحلاف الشفيع أم لا؟ على وجهين في وجوب غرمه إن صدق.

فصل: والحالة الثالثة: أن يكذب المشتري ويقيم البائع البينة فيحكم بها على المشتري دون الشفيع، وقال أبو حنيفة: إن كان الشفيع قد أخذ الشقص من يد البائع حكم بها على الشفيع دون المشتري، وإن كان قد أخذه من يد المشتري حكم بها على المشتري دون الشفيع بناء على أصله في عهدة المبيع وقد مضى الكلام معه في أصله، فإذا حكم بها على المشتري لم يرجع المشتري بها على الشفيع؛ لأنه مقر أنه مظلوم بها وأن الشفيع بريء منها، وإن تعذر أخذها من المشتري لم يجز أن تؤخذ من الشفيع إن كان مكذباً؛ لأن البينة بها قائمة على غيره، وهل يؤخذ منه إن كان مصدقاً؟ على ما مضى من الوجهين.

فصل: والحالة الرابعة: أن يصدق المشتري ويقيم البائع البينة فتؤخذ الزيادة من المشتري ولا يرجع المشتري بها على الشفيع إن كان قد عاقد بنفسه.

وقال أبو حنيفة رجع بها المشتري على الشفيع؛ لأنها بينة للبائع على المشتري وبينة للمشتري على الشفيع وهذا خطأ؛ لأن إقراره أثبت من بينته وقد أقر مبتدئاً باستيفاء حقه فصار مكذباً لبينته، وإذا كان كذلك لم يرجع المشتري بها على الشفيع مع إنكاره إن كان عاقد بنفسه، وهل يرجع بها إن كان مستنيباً؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يرجع بها؛ لأنه لم يتقدم منه تكذيب لبينته.

والوجه الثاني: لا يرجع بها؛ لأنه قد أقر باستيفاء حقه، وهذا قول أبي حامد المروزي وهو الظاهر من قول المزني.

فصل: ولو ادعى على البائع رد الثمن على المشتري وهو غائب جاز لجواز القضاء على الغائب أن يؤخذ الثمن من الشفيع للمشتري بعد إحلافه للمشتري بالله تعالى إنه لعلى حقه من الشفعة، ويدفع عن المشتري إلى البائع بعد إحلافه للمشتري بالله أن الثمن باق

عليه، فإن قَدِمَ المشتري فأقام البينة على البائع بقبض الثمن أو على الشفيع بالعفو عن الشفعة حكم له بما توجبه بينته.

والوجه الثاني: أنه يوضع في بيت المال ما لم يدعه المالك ثمناً.

والوجه الثالث: أنه يقر في ذمة الشفيع ما لم يأت المالك مطالباً.

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَبْداً فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ ثُمَّ أَصَابَ الْبَائِعُ بِالْعَبْدِ عَيْباً فَلَهُ رَدُّهُ وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِيَ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى شقصاً بعبد فيستحق الشفيع أخذه بقيمة العبد ثم يظهر البائع على عيب في العبد فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ظهور العيب بعد أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد فهذا أيضاً على ضربين أحدهما أن يمكن رد العبد فيستحق البائع رده على المشتري ثم قد فات بأخذ الشفيع استرجاع الشقص كما لو باعه لم يستحق البائع استرجاعه من المشتري الثاني، وإذا فات الرد بما ذكرنا رجع البائع بقيمة الشقص على المشتري في أقل ما كان قيمته من وقت عند البيع أو قبض المشتري، وقد استوفى البائع حقه، وهل يستحق المشتري أخذ الشفيع بما غرمه من قيمة الشقص أم لا على وجهين:

أحدهما: ألا يستحق عليه إلا قيمة العبد الذي كان ثمناً وقد استوفاها ويستحق الرجوع بما استحدث غرمه من قيمة الشقص.

والوجه الثاني: أنه يستحق عليه قيمة الشقص لأن الشفيع يدخل مدخل المشتري، ويأخذه منه بما قام عليه، فعلى هذا يتقاضان في قيمة الشقص بما أخذه المشتري من قيمة العبد فإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشتري بالفاضل من قيمة العبد وإن كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشتري على الشفيع بالفاضل من قيمة الشقص وإن كانتا سواء فلا تراجع بينهما.

فصل: والضرب الثاني: أن يفوت رد العبد إما لموته أو لحدوث عيب به فيستحق البائع بفوات رده الرجوع بأرش عيبه فإذا رجع على المشتري به نظر في الشفيع فإن كان قد أخذ الشقص بقيمة العبد سليماً من عيب فلا رجوع للمشتري عليه بشيء، وإن كان قد أخذه بقيمة العبد معيباً رجع عليه المشتري بأرش العيب وجهاً وحداً لأنه من تمام الثمن.

فصل: والضرب الثاني في الأصل: أن يكون ظهور البائع على العيب قبل أخذ الشفيع ففي أحقهما بالشفعة وجهان من اختلاف الوجهين في الشقص إذا كان صداقاً وتنازعه الشفيع والزوج المطلق قبل الدخول:

أحد الوجهين: أن البائع أحق إذا قيل إن الزوج هناك أحق فعلى هذا تبطل الشفعة.

والوجه الثاني: أن الشفيع أحق إذا قيل إنه بالصداق أحق فعلى هذا يرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص ثم فيما يأخذه الشفيع به وجهان:

أحدهما: أنه يأخذه بقيمة العبد الذي كان ثمناً.

والوجه الثاني: أنه يأخذه بقيمة الشقص الذي صار معروفاً.

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ اسْتُحِقَّ الْعَبْدُ بَطُلَتِ الشُّفْعَةُ وَرَجَعَ الْبَائِعُ فَأَخَذَ شَقْصَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن استحقاق الثمن يوجب إبطال البيع، وبطلان البيع يوجب بطلان الشفعة، وبطلان الشفعة يوجب استرجاع الشقص فصار استحقاق الثمن مخالفاً لظهور العيب به الموجب لفسخه دون إبطاله.

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ صَالَحَهُ مِنْ دَعْوَاهُ عَلَى شَقْصٍ لَمْ يَجُزْ فِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ إِلَّا أَنْ يُقِرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالدَّعْوَى فَيَجُوزُ وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشُّفْعَةِ بِمِثْلِ الْحَقِّ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الصُّلْحُ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ».

قال الماوردي: والصلح ضربان صلح عن إنكار فهو باطل ولا شفعة فيه، وصلح عن إقرار فهو جائز والشفعة فيه واجبة وهو ضربان:

أحدهما: أن يدعي رجل شقصاً في يد رجل فيصالحه منه بعد إقراره به على ألف أو عبد فيصير المدعى عليه مشترياً للشقص بالألف أو بالعبد فللشفيع أن يأخذه من المدعى عليه بمثل الألف أو بقيمة العبد.

والضرب الثاني: أن يدعي رجل على رجل ألفاً أو عبداً فيصالحه منه بعد إقراره به على شقص فيصير المدعي مشترياً للشقص بالألف أو بالعبد فللشفيع أن يأخذه من المدعي بمثل الألف أو بقيمة العبد والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ «وَلَوْ أَقَامَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ هَذِهِ الدَّارِ شِقْصاً وَأَرَادَ أَخْذَ شِقْصِ صَاحِبِهِ بِشُفْعَتِهِ فَإِنْ وَقَّتَتِ الْبَيِّنَةُ فَالَّذِي سَبَقَ بِالْوَقْتِ لَهُ الشُّفْعَةُ وَإِنْ لَمْ تُؤَقِّتْ وَقْتاً بَطُلَتِ الشُّفْعَةُ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَا اشْتَرَيَا مَعاً وَحَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجلين اشتريا داراً في عقدين من رجل أو من رجلين ثم اختلفا فقال كل واحد منهما أنا سبقتك بالعقد فلي الشفعة عليك فلا يخلو حالهما من أحد أمرين:

إمـا أن يكون لهمـا بينة أو لا يكـون لهما بينـة. فإن لم يكن لهمـا بينة تحـالفا على مـا تداعياه، والمسبوق بالدعوى مقدم في اليمين فيحلف بالله تعالى أنه لا يعلم أن صـاحبه ملك قبله فتكون يمينه على العلم لنفي ما ادعاه صاحبه من تقدم ملكه؛ لأنه منكر ويستحلف الثاني بمثل هذه اليمين التي حلف بها الأول لدعواه على الثاني مثل ما ادعـاه الثاني على عليـه وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الأول في هذه اليمين الموضوعة لنفي الدعوى من أحد أمرين:

إما أن يحلف بها أو ينكل عنها. فإن حلف بها فقد برىء ما ادعى عليه وسقطت الشفعة فيمـا ملكه ثم يستـأنف إحلاف الثـاني للأول بمثـل هذه اليمين وتسقط الشفعتـان، وإن نكل الأول عن اليمين رد اليمين على المدعي السابق بالدعوى ليحلف على إثبات مـا ادعاه قـطعاً بالله لقد ملك قبل صاحبه فإذا حلف حكم له بالشفعـة، وتسقط دعوى النـاكل؛ لأن ملكـه قد أُخِذَ بالشفعة فلم يبق له بعد زوال ملكه حق في استحقاق الشفعة به ولو كـان المقدم بـاليمين حلف ونكل بعده الثاني ردت يمينه على الأول ليحلف بها إثباتاً لما ادعاه قطعاً بالله لقـد ملك قبـل صاحبـه ولا يكتفي باليمين الأولى؛ لأن الأولى لنفي مـا ادعى عليه، والثـانية لإثبـات ما ادعاه ولذلك كانت الأولى على العلم و الثانية على البت فهذا أحكم أيمانها عند عدم البينة.

فصل: وإذا كان لهما بينة فلا يخلو حالهما من أربعة أقسام:

أحـدها: أن يكـون فيها بيـان لإثبات الشفعـة، **والثاني**: أن يكـون فيها بيـان لإسقـاط الشفعة. **والثالث**: أن لا يكون فيها بيان لإثبات ولا لإسقـاط الشفعة، **والـرابع**: أن يتعـارض الإثبات والإسقاط.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون فيها بيان لإثبات الشفعة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في المحرم ويقيم الآخر البينة أنه اشترى في صفر فتكون الشفعة للأسبق منهما شراء لتقدم ملكه.

والضرب الثاني: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في المحرم وأن صاحبه اشتـرى في صفر فيحكم له بالشفعة وإن انفرد بإقامة البينة لثبوتها بتقدم ملكه على ملك صاحبه.

والضرب الثالث: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى قبل صاحبه من غير أن يشهد بوقت العقدين. فقد قال أبو علي بن أبي هـريرة: لا يحكم بهـذه البينة مـا لم يعين وقت العقدين؛ لجواز الاشتباه. وهـذا خطأ منـه؛ لأن تعيين الوقت لا يفيـد أكثر من تعين أحـد العقدين بـأنه أسبق من الآخر فإن أشهد بأن أحدهما أسبق من الآخـر أجزأ وإن لم يعين الـزمان وإنمـا يلزم تعيين ما يتعلق به الحكم إذا كان الاجتهاد فيه مدخل كالذي يكون فيه الجرح و التعديل.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون فيها بيان لإسقاط الشفعة فهو أن يقيم كل واحد منهما

بينة أنه عقد الشراء في وقت مثل وقت صاحبه مثل أن تشهد بينة كل واحد منهما أنه اشترى مع زوال الشمس من غرة المحرم فتدل البينتان على سقوط الشفعة في العقدين لوقوعهما معاً وأنه ليس ثبوتها مع التساوي لأحدهما بأولى من ثبوتها عليه فسقطتا لتعارضهما.

وأما القسم الثالث: وهو أن لا يكون فيها بيان الإثبات والإسقاط فقد تكون من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن لا يكون في واحد من البينتين تاريخ، والثاني أن تؤرخ أحدهما دون الأخرى، والثالث: أن تؤرخ كل واحدة من البينتين إلى وقت يمكن أن يتقدم فيه أحد العقدين على الآخر، ويمكن أن يقعا معاً مثل أن يقيم كل واحد منهما البينة أنه اشترى في غرة المحرم، فغرته يوم كامل تسع لتقدم أحد العقدين على الآخر، واحتمال أن يكون كل واحد منهما هو السابق ويحتمل أن يقع العقدان في حال معاً، فلم يكن في البينتين في هذه الأحوال الثلاث بيان لإثبات الشفعة ولإسقاطها فوجب أن تلغى البينتان لعدم البيان فيهما، ويرجعان إلى التداعي والتحالف على ما مضى.

وأما القسم الرابع: وهو أن تتعارض البينتان في الإثبات والإسقاط فهوأن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في المحرم وأن صاحبه اشترى في صفر ويقيم الآخر البينة أنه اشترى في المحرم، وأن صاحبه اشترى في صفر، أو يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في أول يوم المحرم، وأن صاحبه اشترى في ثانيه ويقيم الآخر البينة أنه اشترى في ثالث المحرم، وأن صاحبه اشترى في رابعه فكل هذا تعارض، وإن اختلفا في الأزمنة لأن كل واحدة من البينتين تشهد بتقدم أحد العقدين على الآخر، وكان في تعارضهما في هذا الموضع ثلاثة أقاويل:

أحدها: يسقطان، ويتراجعان إلى اليمين والتحالف، والقول الثاني: يوقفان إلى أن يظهر فيهما بيان، ويمنعان من التحالف حتى يقع بيان، والقول الثالث: الإقراع بين البينتين فأيهما قرعت حكم بها وفي إحلاف من قرعت بينته قولان:

أحدهما: يحلف إن قيل: إن القرعة دخلت ترجيحاً للدعوى، والقول الثاني: لا يحلف إن قيل: إن القرعة دخلت ترجيحاً للبينة.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَنَّ الْبَائِعَ قَالَ بِعْتُ مِنْ فُلَانٍ شِقْصِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَنَّهُ قَبَضَ الشِّقْصَ فَأَنْكَرَ ذَلِكَ فُلَانٌ وَادَّعَاهُ الشَّفِيعُ فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَدْفَعُ الأَلْفَ إِلَى الْبَائِعِ وَيَأْخُذُ الشِّقْصَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى بيع شقصه على رجل فأنكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقاً البائع، ومطالباً للشفعة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشتري.

والضرب الثاني: أن يكون مقراً بقبضه، فإن كان مع ادعاء البيع مدعياً بقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة؛ لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فحكم عليه بإقراره فإن ردت دعواه ففي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على الإنكار وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ليس له إحلافه لأن قصده حصول الثمن، وقد حصل له. وسواء حصل له من مشتر أو شفيع، ولأنه لا يؤمن من أن أحلف أن يحكم بفسخ البيع وفيه إبطال لحق الشفيع.

والوجه الثاني: له إحلافه؛ لاستحقاق اليمين عليه بإنكاره، ولما فيه من البغية بوصول الملك إلى مستحقه، ولا يبطل بيمينه حق الشفيع. فإذا قضى للشفيع بالشفعة لزمه دفع الثمن إلى البائع، ويكون عهدة الشفيع ها هنا على البائع دون المشتري؛ لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم يلزمه عهدته.

فصل: وإن كان البائع مع ادعاء البيع مقراً بقبض الثمن من المشتري ففي الشفعة وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج وطائفة: أنها باطلة لأن الشفعة لا تستحق إلا بيمين، وليس واحد من البائع والمشتري مستحقاً لقبض الثمن، أما البائع فلإقراره بقبضه، وأما المشتري فلإنكاره لاستحقاقه. فعلى هذا لا مخاصمة بين البائع والمشتري في الثمن، وللشفيع مخاصمة المشتري في الشفعة، وإحلافه على إنكار الشراء؛ لما في إنكاره من إبطال الشفعة عليه.

والوجه الثاني: وهو قول كثير من أصحابنا: أن الشفعة واجبة؛ لأن البائع مقر باستحقاقها من يده فيحكم بها للشفيع، وفي الثمن وجهان:

أحدهما: يوقف في ذمة الشفيع؛ لأن البائع لا يستحقه والمشتري لا يدعيه.

والوجه الثاني: يقبض منه لأنه لا يجوز أن يملك الشفعة من غير بدل فعل هذا إذا قبض منه الثمن ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون موقوفاً للمشتري في بيت المال.

والوجه الثاني: يدفع إلى البائع ويسترجع من البائع ما أقر بقبضه من المشتري فيكون هو الموقوف للمشتري في بيت المال.

فصل: وإذا بيع شقص من دار فجاء الشريك فيها مدعياً ملك المبيع منها ولم يكن له

بينة فحلف من هي في يده، ثم جاء يطلب الشفعة فلا شفعة له؛ لأنه وإن كان صادقاً في الدعوى فهو على ملكه بغير شفعة، وإن كان كاذباً فهو مقر ببطلان البيع والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا كَانَ لِلشِّقْصِ ثَلَاثَةُ شُفَعَاءَ فَشَهِدَ اثْنَانِ عَلَى تَسْلِيمِ الثَّالِثِ فَإِنْ كَانَا سَلَّمَا جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّهُمَا لَا يُجَرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا وَإِنْ لَمْ يَكُونَا سَلَّمَا لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَا سَلَّمَهُ صَاحِبُهُمَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا وجبت الشفعة لثلاثة شفعاء فادعى المشتري على أحد الثلاثة أنه عفا عن الشفعة نظر: فإن كانا حضر الشفيعان الآخران مطالبين بالشفعة فلا خصومة بين المشتري والشفيع العافي، وخصمه في العفو، وشريكاه في الشفعة؛ لأن المشتري لا يعلق له بعفوه حق لرجوعه على شريكه، وإن غاب الشفيعان الآخران، أو عفوا صار المشتري خصماً للعافي فإن عدم العافي بينة تشهد له بعفوه جاز أن يحلفه، وإن كان له بينة سمعت وهي: شاهدان أو شاهد ويمين؛ لأنها بينة تتعلق بمال فإن شهد على العافي شريكاه في الشفعة نظر فيها. فإن كانا قد عفوا عن شفعتهما جازت شهادتهما لبراءتهما من تهمة، وسلامتهما من جر منفعة، وإن لم يكونا قد عفوا ردت شهادتهما؛ لما فيها من اتهامهما بجر الزيادة إلى أنفسهما، لأن أحد الشركاء إذا عفا توفر حقه على من بقي فلو عفا الشريكان في الشفعة بعد رد شهادتهما لم يسمع بعد عفوهما؛ لأن الشهادة إذا ردت لتهمة لم تسمع بعد زوال التهمة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَو ادَّعَى الشَّفِيعُ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى الشِّقْصَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ مِنْ صَاحِبِهِ الْغَائِبِ وَدَفَعَ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ وَأَقَامَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ عَلَيْهِ أَخَذَ بِشُفْعَتِهِ وَنَفَذَ الْحُكْمُ بِالْبَيْعِ عَلَى صَاحِبِهِ الْغَائِبِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا قَوْلُ الْكُوفِيِّينَ وَهُوَ عِنْدِي تَرْكٌ لِأَصْلِهِمْ فِي أَنَّهُ لَا يُقْضَى عَلَى غَائِبٍ وَهَذَا غَائِبٌ قُضِيَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ بَاعَ وَقَبَضَ الثَّمَنَ وَأَبْرَأَ مِنْهُ إِلَيْهِ الْمُشْتَرِيَ وَبِذَلِكَ أَوْجَبُوا الشُّفْعَةَ لِلشَّفِيعِ».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة، وإنما أعادها المزني ليتكلم بها على أهل العراق. فإن غاب ملك الشقص تاركاً حقه في يد نائب عنه، فادعى الشفيع على الغائب الحاضر أنه اشترى حصة الغائب، وأنكر صاحب اليد الشراء حلف ما لم تقم بينة عليه. فإن قامت عليه بينة به حكم عليه بالشراء، وعلى الغائب بالبيع، وللشريك الشفعة، وهذا قول وافقه أبو حنيفة وأهل العراق مع إنكارهم القضاء على الغائب فاعترض عليهم المزني بأنهم تركوا أصولهم وناقضوا أقوالهم على غائب ينكرون القضاء عليه فاختلف أصحابنا في صحة ما اعترض به المزني عليهم من مناقضة أصلهم.

فقالت طائفة: إن اعتراض المزني غير متوجه عليهم و ليس ذلك نقضاً لأصلهم لأنهم لا يقضون على غائب ما لم يتصل بحاضر يتعلق عليه الحكم وهذا قضاء على المشتري الحاضر، وعلى البائع الغائب، فنفذ القضاء عليه مع غيبته لنفوذه على المشتري بحضوره مع أن أبا حنيفة يجعل المشتري وكيلاً للشفيع في تملك الشقص له من البائع وهو يرى القضاء على وكيل الغائب.

وقالت طائفة أخرى منهم أبو الفياض أن هذا نقض لأصلهم على ما ذكره المزني في الاعتراض عليهم؛ لأن دعوى الشفيع للمشتري عقد البيع كدعوى المشتري ودعوى المشتري عندهم مردودة؛ لأنها دعوى على غائب فإذا ردوا دعوى المشتري، وامتنعوا من القضاء له بالشراء على الغائب لزمهم أن يردوا دعوى الشفيع ويمنعوا من القضاء له على الغائب، وإن أجازوها للشفيع لزم إجارتها للمشتري.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ اشْتَرَى شِقْصاً وَهُوَ شَفِيعٌ فَجَاءَ شَفِيعٌ آخَرُ فَقَالَ لَهُ الْمُشْتَرِيَ خُذْهَا كُلَّهَا بِالثَّمَنِ أَوْ دَعْ وَقَالَ هُوَ بَلْ آخُذُ نِصْفَهَا كَانَ ذَلِكَ لَهُ لِأَنَّهُ مِثْلُهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ شُفْعَتَهُ لِغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا كان للشقص شفيعان فاشتراه أحدهما، وحضر الآخر مطالباً بالشفعة، فله أخذ نصف الشقص من شريكه المشتري في شفعته، وقال أبو حنيفة شفعة المشتري باطلة فيما ا شتراه، ولا تثبت له شفعته على نفسه ولشريكه أخذ جميع الشقص من يده وليس له تبعيض الصفقة عليه بأخذ النصف منه.

وحكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج ووجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه وموافقاً لأصحابه.

ودليل أبي حنيفة أن عقد البيع يتم ببائع ومشتري، فلما لم تجب للبائع شفعة فيما باع، لم يجب للمشتري شفعة فيما اشترى، وتحريره قياساً أن أحد المتبايعين قد أسقط شفعته فيما ملك عقده بالبيع قال: والإنسان لا يثبت له على نفسه حق ألا ترى أن جناية السيد على عبده هدر؛ لأنها مأخوذة منه، فلم يجز أن تثبت للمشتري شفعة على نفسه، وتثبت الشفعة عليه لغيره.

ودليلنا رواية أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ رَبْعَةٍ أَوْ غَيْرِهِ لَا يَبِيْعِهِ حَتَّى يَعْرِضَ عَلَى شَرِيكِهِ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ فَإِنْ بَاعَ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يُؤْذِنَهُ»[1].

(١) أخرجه مسلم ١٢٢٩/٣ كتاب المساقاة (١٣٤ ـ ١٦٠٨).

فجعل أخذ الشريك بالشراء صحيحاً، ولو أبطل شفعته بالشراء لكان غروراً، ويخرج الأمر عن أن يكون مقيداً، ولأنه لما جاز للشريك أن يملك المبيع بالخلطة دون الشراء، فأولى أن يملكه بالخلطة، والشراء؛ لأنهما أقوى سبباً وأثبت تمليكاً، ولأن الشريك قد يملك بالشراء تارة، وبالشفعة أخرى، فلما كان لو ملك كل الشقص بالشفعة لم يكن لشريكه فيها إبطال حقه منها وجب إذا ملك بالشراء أن لا يستحق الشريك إبطال حقه منها.

وتحريره قياساً أن كل من ملك بالشفعة، لم يملك عليه الشفعة كما لو ملك بالشفعة، فأما الجواب عن قياسه على البائع فهو أن البائع تارك والتارك لا شفعة له، والمشتري طالب والطالب له الشفعة.

وأما الجواب عن قوله إن الإنسان لا يثبت له حق على نفسه فهو أنه لم يملك بالشراء الشفعة على نفسه وإنما أسقط بالشراء الشفعة عن نفسه، كما أنه لو ملك الولاء الذي عليه أسقط الولاء عن نفسه ولم يملك به ولاية نفسه.

فصل: فإذا ثبت أن شريك المشتري في الشفعة لا يستحق إلا النصف بالشفعة فله حالتان: حالة عفو، وحالة طلب. فإن عفا استقر ملك الشقص كله للمشتري بالشراء وحده دون الشفعة، وإن طلب نظر: فإن طلب الكل لم يملك إلا النصف وإن طلب النصف، وبذل له المشتري الكل لم يلزمه إلا أخذ النصف كما لو أخذ أحد الشفيعين الكل بحضوره ثم قدم الغائب فبذل له الحاضر الكل لم يلزمه إلا أخذ النصف، وليس له أن يلزم شفعته غيره، ويخالف عفو أحد الشفيعين عن حقه في وجوب أخذ الباقي منهما للكل وتركه؛ لأن العافي لم يملك بشفعته ما يملكه غيره والآخذ بشفعته قد ملك ما ملكه غيره.

فإن قيل فهذا تفريق لصفقته؟ قيل: إنما هو تفريق لها بالشفعة دون البيع وليس ذلك بممتنع كالشفيعين.

فصل: وإذا كان للشقص ثلاثة شفعاء فاشترى اثنان منهم، ثم غاب أحد المشتريَيْن وحضر الشفيع الذي لم يشتر فطالب الحاضر من المشتريين بالشفعة فله أن يأخذ من النصف الذي اشتراه نصفه، وهو الربع لأنهما شفيعان حضرا من جملة ثلاثة غاب أحدهم، فإذا حضر الغائب من المشتريين، لم يخل حاله وحال المشتري الأول الذي كان حاضراً من أربعة أحوال:

أحدها: أن يعفو كل واحد منهما عن شفعة صاحبه فليستحق الشفيع الذي لم يشتر بعد أخذه من الأول نصف ما اشتراه، وهو الربع، وأن يأخذ من المشتري الثاني نصف ما اشتراه أيضاً وهو الربع، فيصير معه نصف الشقص بالشفعتين، ويبقى لكل واحد من المشتريين الربع بالشراء وحده.

والحالة الثانية: أن يطالب كل واحد من المشتريين الربع بالشراء لصاحبه بالشفعة فيكون للمشتري الثاني أن يأخذ من المشتري الأول ثلث ما بيده من الربع الباقي، وهو نصف السدس؛ لأنه أخذ ثلثه، ويأخذ من الشفيع أيضاً ثلث ما بيده من الربع المأخوذ بالشفعة، وهو نصف السدس لأنه أخذ ثلثه ثم للمشتري الأول، وللشفيع أن يأخذ كل واحد منهما من المشتري الثاني ثلث النصف بالشراء وهو السدس، وقد أخذ السدس بالشفعة فيصير معه الثلث ويبقى مع المشتري الأول السدس بالشراء وقد أخذ السدس بالشفعة فيصير معه الثلث ويصير مع الشفيع الذي لم يشتر السدسان وهو الثلث بالشفعتين فيصير الشقص بينهما أثلاثاً.

والحالة الثالثة: أن يعفو الأول دون الثاني فيكون للثاني أن يأخذ من الأول ثلث الربع الباقي بيده وهو نصف السدس ثم يأخذ الشفيع من الثاني نصف النصف الذي اشتراه وهو الربع فيصير مع الشفيع سدس الربع مأخوذ بالشفعتين ويصير مع المشتري الثاني ربع وسدس بالشراء والشفعة، فالربع مملوك بالشراء، والسدس مأخوذ بالشفعة ويبقى مع المشتري الأول السدس بالشراء وحده.

والحالة الرابعة: أن يعفو الثاني دون الأول فيكون للأول أن يأخذ من الثاني ثلث النصف الذي اشتراه وهو السدس، ويأخذ الشفيع مثل ذلك فيبقى مع المشتري الثاني السدس بالشراء وحده، ويصير مع المشتري الأول ربع وسدس بالشراء والشفعة، فالربع مملوك بالشراء، والسدس مأخوذ بالشفعة ويصير مع الشفيع ربع، وسدس بالشفعتين. فلو عفا الثاني عن الأول، وعفا الشفيع عن الثاني أخذ الأول من الثاني الربع بالشراء وحده، ويصير مع الأول النصف بالشراء والشفعة على السواء، ويصير مع الشفيع الربع وحده بالشفعة الأولى.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ شَجَّهُ مُوَضِّحَةً عَمْداً فَصَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى شَقْصٍ وَهُمَا يَعْلَمَانِ أَرْشَ الْمُوَضِّحَةِ كَانَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالأَرْشِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا شج رجل رجلاً موضحة فصالحه منها على شقص من دار فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يجب فيها قوداً إما لأنها خطأ محض، وإما لأنها خطأ محض، وإما لأنها خطأ شبه العمد، وإما لأنها عمد ممن لا يجري عليه قوداً كالوالد على ولده والحر على عبده فالواجب في الموضحة في هذه الأحوال كلها الدية، ولا يخلو حالهما من أن يعلما قدر الدية أو يجهلاه فإن جهلاه كان الصلح باطلاً لأن جهالة البدل تقتضي فساد العقد، ولا شفعة مع بطلان الصلح.

وإن علماه نظر فإن قدرت ورقاً أو ذهباً نظر.

فإن جهلا تخفيفها في الخطأ أو تغليظهما في شبه العمد بطل الصلح والشفعة، وإن علما تخفيفها في الخطأ بالاقتصار على ديتها وهو ستمائة درهم لا يزاد عليها، وخمسون ديناراً من الذهب لايزاد عليها، أو علما تغليظها في شبه العمد بزيادة الثلث في الورق، والذهب صح الصلح، ووجبت الشفعة في الشقص المأخوذ بدية الموضحة من الدراهم إن قدرت بها تخفيفاً أو تغليظاً، أو من الدنانير إن قدرت بها تخفيفاً أو تغليظاً.

وإن كانت الدية إبلا وهي خمس من الإبل أخماس في تخفيف الخطأ أو أثلاث في تغليظ شبه العمد نظر: فإن جهلا قدرها أو علما القدر وجهلا وصفها، أو علما القدر والصفة وجهلا جنسها لأنها مستحقة من جنس إبل الجاني وعاقلته، فالصلح والشفعة باطلان.

وإن علما القدر والصفة والجنس ففي صحة الصلح وجهان:

أحدهما: أن الصلح باطل ولا شفعة فيه لأنها غير موصوفة الألوان ولا مضبوطة في السمن والهزال فلم يجز أن يكونا بدلا في عقد.

والوجه الثاني: أن الصلح جائز والشفعة فيه واجبة لثبوتها في الذمة على صفة يستحق بها ويأخذه الشفيع بقيمتها في أقل أوصافها التي توجب قبولها فلا يقوم سمانها وخيارها، لأن الجاني لا يجبر على قبولها ولا يقوم مهازيلها ومعيبها، لأن المجني عليه لا يجبر على قبولها.

والضرب الثاني في الأصل: أن تكون الموضحة موجبة للقود في العمد المحض فيصالحه من القود على شقص، فإن قيل: إن جناية العمد توجب أحد أمرين من قود، أو عقل فالكلام فيه على ما مضى من علمها بقدر الدية أو جهلهما به، وإن قيل إن جناية العمد توجب القود وحده صح الصلح منه على الشقص المأخوذ عنه مع العلم بقدر الدية، والجهل به لأنه مأخوذ عن القود المصالح الذي يصح أخذ البدل عنه ثم للشفيع حينئذ أن يأخذه ببدل القود من الدية فإن اختلفا في جنس الدية عينه الحاكم باجتهاده في أخذ أجناسها مغلظة في العمد.

فصل: فأما إذا حضر رجل مغنماً فأعطاه الإمام لحضوره شقصاً من دار، وطالبه الشفيع بالشفعة لم يخل حاضر المغنم من أن يكون قد أخذه برضخ أو سهم فإن كان قد أخذه رضخاً فلا شفعة فيه، لأن الرضخ بحضوره تبرع كالهبات، وإن أخذه بسهم مستحق ففي ثبوت الشفعة فيه وجهان:

أحدهما: لا شفعة فيه، لأن الغنائم مستفادة بغير بدل فأشبهت إحياء الموات.

والوجه الثاني: أن الشفعة فيه ثابتة، لأنه قد اعتاضه عن حضور وعمل فأشبه العوض في الإجارات فعلى هذا يأخذه الشفيع بقدر سهمه من المغنم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوِ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ شِقْصًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَتَقَابَضَا ثُمَّ قَامَ الشَّفِيعُ وَكَانَ نَصْرَانِيًّا أَوْ نَصْرَانِيَّةً فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَزَلْ مُسْلِماً فَسَوَاءٌ لاَ شُفْعَةَ لَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ لاَ قِيمَةَ لَهُمَا عِنْدَهُ بِحَالٍ».

قال الماوردي: إذا تبايع الذميان شقصاً بخمر أو خنزير وتقابضا فلا شفعة فيه لمسلم ولا ذمي وقال أبو حنيفة: الشفعة واجبة للمسلم بقيمة الخمر: والذمي مثله بناء على أصله في أن للخمر ثمناً في حق الذمي، وغرماً في استهلاكه عليه بالغصب، ودليلنا ما قدمناه من الكلام عليه في كتاب الغصب من تحريم ثمنه وسقوط غرمه في حق الذمي، والمسلم على السواء.

ولأن كل بيع لو عقده مسلم سقطت فيه الشفعة وجب إذا عقده ذمي أن يسقط فيه الشفعة فكما لو عقده بميتة، أو دم، ولأن كل من سقطت الشفعة في عقده بالميتة، والدم، سقطت الشفعة في عقده بالخمر والخنزير كالمسلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَالْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لا خلاف بين الفقهاء أن الشفعة تجب للمسلم على الذمي كوجوبها له على المسلم، وتجب للذمي على الذمي كوجوبها للمسلم على المسلم واختلفوا في وجوبها للذمي على المسلم.

فمذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وجمهور الفقهاء إلى وجوب الشفعة للذمي على المسلم كوجوبها للمسلم على المسلم، وحكي عن الحسن البصري، وعامر الشعبي، وعثمان البتي والحارث العكلي أنهم قالوا لا شفعة للذمي على المسلم وبه قال أحمد بن حنبل استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لاَ شُفْعَةَ لِلذِّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ»[(١)] ولأنه لما امتنعت دار الإسلام من إحياء الذمي للموات فأولى أن يمنع الإسلام من شفعة الذمي في الأملاك.

ودليلنا عموم قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ» ولأن ما جاز أن يملك به المسلم من

---

(١) منكر أخرجه البيهقي في السنن ١٠٨/٦ بلفظ: «لا شفعة لنصراني» وابن عدي في الكامل ٢٥٢٠/٧ والخطيب في التاريخ ٤٦٥/١٣، وقال البيهقي: قال ابن عدي: أحاديث نائل مظلمة جداً، وخاصة إذا روى عن الثوري، ثم رواه من طريق آخر عن سفيان عن حميد الطويل عن الحسن البصري قوله: «موقوفاً عليه». قال البيهقي: وهو الصواب، وكذلك قال الدارقطني فيما رواه الخطيب عنه وقال: وهو الصحيح.

المعاوضات جاز أن يملك به الذمي كالبياعات، ولأن من ملك بالبيع ملك بالشفعة كالمسلم، ولأن الحقوق الموضوعة لدفع الضرر في العقود يستوي فيها المسلم والذمي كالرد بالعيب، ولأن ما تعلق بالشرك من إزالة الملك استوى فيه المسلم والذمي قياساً على عتق الذمي شركاً له في عبد.

فأما الجواب عن قوله: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] فهو أن هذا السبيل على مال المسلم لا على المسلم، وأما الجواب عن روايتهم في أنه لا شفعة لذمي على مسلم مع وهانه فهو أنه يحمل عليه إذا قال بعد إمساكه عن الطلب لم أعلم بها لكم شرعاً، وليست في ديننا شرعاً فلا شفعة له، ويحتمل أن لا يشفع في الأمان، وأما قياسهم على إحياء الموات فالمعنى فيه أنه تفويت منفعة على المسلمين بغير بدل فمنع والشفعة مأخوذة ببدل ممكن. والله أعلم.

فصل: حكي عن الشعبي أنه قال لا شفعة لبدوي على حضري، وحكي عن النخعي أنه قال: لا شفعة لغائب على حاضر وفيما مضى دليل مقنع، وقال أبو حنيفة: لا شفعة في دور مكة بناء على أصله في تحريم بيعها، وعند الشافعي يجوز بيعها، وتستحق شفعتها، ودليل بيعها ماض في كتاب البيوع والشفعة بناء عليه والله أعلم.

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلاَ شُفْعَةَ فِي عَبْدٍ وَلاَ أَمَةٍ وَلاَ دَابَّةٍ وَلاَ مَا لاَ يَصْلُحُ فِيهِ الْقَسْمُ هَذَا كُلُّهُ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ وَمَعْنَاهُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لا شفعة في منقول من حيوان، أو عروض. وحكي عن عطاء أن الشفعة في كل مشترك من حيوان وغيره استدلالاً برواية أبي مليكة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قَالَ: «الشَّرِيكُ شَفِيعٌ وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيءٍ» وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «فِي الْعَبْدِ الشُّفْعَةُ» ولأنها شركة يدخل بها مضرة فوجب الشفعة فيها كالأرضين.

وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ»[1].

فأثبتها في المشاع الذي تثبت فيه الحدود وتصرف عنه الطرق بالقسمة، وهذا لا يكون

---

(١) أخرجه الترمذي ٣/٦٥٤ كتاب الأحكام (١٣٧١)
وقال: هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري، وقد روى غير وحد عن عبدالعزيز عن ابن رفيع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلاً، وهذا أصح وأخرجه أيضاً البيهقي ٦/١٠٩ والطبراني في الكبير ١١/١٢٣ والطحاوي في معاني الآثار ٤/١٢٥ وابن عدي في الكامل ٦/٢١١٣.

إلا في الأرض، والعقار فدل على انتفائها عما سوى الأرض والعقـار. وروى ابن جريـج عن ابن الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا شُفْعَةُ إِلَّا فِي رَبْعَـةٍ أَوْ حَائِطٍ» فـأثبت جنس الشفعة في الربع والحائط، ونفـاها عمـا سوى الـربـع والحـائط، ولأن ثبوت الشفعـة إما أن يكـون للخوف من مؤونـة القسم، والحيوان ممـا لا يقسم، أو يكون لـدفع الضـرر المستدام لسوء المشاركة، وهذا ضرر لا يستديم وفيه انفصال، فـأما خبـر ابن أبي مليكة فمـوقوف على ابن عبـاس مع انقـطاع في إسناده لأن ابن أبي مليكـة قيل: إنـه لم يلق ابن عباس، على أنـه يحمل قوله الشفعة في كل شيء من العقار، فأما الجواب عن روايتهم في العبد شفعة فهو أنه محمول على الشفعة في العبد إذا كان ثمناً في أرض أو عقار ولا يكون ابتياع ذلك بالعبد مانعاً من ثبوت الشفعة فيه والله أعلم بالصواب.

مُخْتَصَرُ الْقِرَاضِ إِمْلَاءً وَمَا دَخَلَ فِي ذَلِكَ مِنْ كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ صَيَّرَ رِبْحَ ابْنَيْهِ فِي الْمَالِ الَّذِي تَسَلَّفَاهُ بِالْعِرَاقِ فَرَبِحَا فِيهِ بِالْمَدِينَةِ فَجَعَلَهُ قِرَاضاً عِنْدَمَا قَالَ لَهُ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِهِ لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضاً فَفَعَلَ وَأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَفَعَ مَالاً قِرَاضاً فِي النِّصْفِ».

قال الماوردي: اعلم أن القراض والمضاربة اسمان لمسمى واحد، فالقراض لغة أهل الحجاز، والمضاربة لغة أهل العراق.

وفي تسميته قراضاً تأويلان: أحدهما وهو تأويل البصريين أنه سمي بذلك لأن رب المال قد قطعه من ماله والقطع يسمى قراضاً، ولذلك سمى سلف المال قرضاً، ومنه سمى المقرض مقراضاً لأنه يقطع، وقبل قرض الفار لأنه قطع الفار.

والتأويل الثاني وهو تأويل البغداديين أنه سمي قراضاً لأن لكل واحد منهما صنعاً كصنع صاحبه في بذل المال من أحدهما ووجود العمل من الآخر، مأخوذ من قولهم قد تقارض الشاعران إذا تناشدا.

وأما المضاربة ففي تسميتها بذلك تأويلان: أحدهما أنها سميت بذلك لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم، والثاني أنها سميت بذلك لأن العامل يتصرف فيها برأيه واجتهاده مأخوذ من قولهم فلان يصرف الأمور ظهر البطن، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١] أي تفرقتم فيها بالسفر وهذا تأويل تفرد به بعض البصريين، ويشارك في الأول البغداديون وباقي البصريين.

فصل: والأصل في إحلال القراض وإباحته عموم قول الله عز وجل ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] وفي القراض ابتغاء فضل وطلب نماء.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ» وفي القراض رزق بعضهم من بعض.

وروي عن النبي ﷺ أَنَّهُ ضَارَبَ لِخَدِيجَةَ بِأَمْوَالِهَا إِلَى الشَّامِ وَأَنْفَذَتْ مَعَهُ خَدِيجَةُ عَبْداً

لَهَا يُقَالُ لَهُ مَيْسَرَةُ، وروى أبو الجارود عن حبيب بن يسار عن ابن عباس رضي الله عنه قال: كَانَ الْعَبَّاسُ إِذَا دَفَعَ مَالاً مُضَارَبَةً اشْتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ لاَ يَسْلُكَ بِهِ بَحْراً، وَلاَ يَنْزِلَ بِهِ وَادِياً، وَلاَ يَشْتَرِيَ بِهِ ذَاتَ كَبِدٍ رَطْبَةٍ فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ ضَامِنٌ فَرَفَعَ شَرْطَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَجَازَهُ[١].

وروى مالك بن أنس عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبدالله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم قدما في جيش العراق وقد تسلفا من أبي موسى الأشعري مالاً اشتريا به متاعاً فربحا فيه بالمدينة ربحاً كثيراً فقال لهما عمر: أَكُلُّ الْجَيْشِ تَسَلَّفَ مِثْلَ هَذَا؟ فَقَالاَ: لاَ، فَقَالَ عُمَرُ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَأَنِّي بِكُمَا وَقَدْ قَالَ أَبُو موسَى إِنَّكُمَا ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ فَأَسْلَفَكُمَا بِمَالِ الْمُسْلِمِينَ، رُدَّا الْمَالَ وَالرِّبْحَ، فقال عبيد الله: أَرَأَيْتَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَوْ تَلَفَ الْمَالُ أَكُنَّا نَضْمَنُهُ؟ قَالَ نَعَمْ، قَالَ فَرِبْحُهُ لَنَا إِذَنْ، فتوقف عمر، فقال له بعض جلسائه: لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضاً يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ يَعني في مشاطرتهما على الربح كمشاطرته في القراض فَفَعَلَ[٢].

وعلى هذا الأثر اعتمد الشافعي لاشتهاره وانعقاد الإجماع له.

ووجه الاستدلال منه مختلف بين أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه: **أحدها** أن وجه الاستدلال به قول الجليس لو جعلته قراضاً وإقرار عمر له على صحة هذا القول فكانا معاً دليلين على صحة القراض، ولو علم عمر فساده لرد قوله فلم يكن ما فعله معهما قراضاً لا صحيحاً ولا فاسداً، ولكن استطابا طهارة أنفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترابته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لأنهما ابنا أمير المؤمنين الأمر الذي ينفر منه الإمام العادل وتأباه طبيعة الإسلام.

والوجه الثاني: أن عمر أجرى عليه في الربح حكم القراض الفاسد لأنهما عملا على أن يكون الربح لهما، ولم يكن قد تقدم في المال عقد يصح حملهما عليه فأخذ منهما جميع الربح وعاوضهما على العمل بأجرة المثل، وقدره بنصف الربح فرده عليهما أجرة، وهذا اختيار أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثالث: أن عمر رضي الله عنه أجرى عليهما في الربح حكم القراض الصحيح وإن لم يتقدم معهما عقد لأنه كان من الأمور العامة فاتسع حكمه عن العقود الخاصة، فلما رأى المال لغيرهما، والعمل منهما ولم يرهما متعديين فيه جعل ذلك عقد قراض صحيح،

---

(١) ضعيف أخرجه البيهقي ٦/١١١.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٦٨٧ كتاب القراض (١) والبيهقي في السنن الكبرى ٦/١١٠.

وهذا ذكره أبو علي بن أبي هريرة. فعلى هذا الوجه يكون القول والفعل معاً دليلا مع ما رواه الشافعي عن عمر رضي الله عنه أنه دفع مالاً قراضاً على النصف، وروى العلاء بن عبدالرحمن عن أبيه عن جده أنَّ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالاً قَرَاضًا عَلَى النِّصْفِ.

ثم دليل جوازه من طريق المعنى أنه لما جاءت السنة بالمساقاة وهي عمل في محل يستوجب به شطر ثمرها اقتضى جواز القراض بالمال ليعمل فيه به ببعض ربحه، فكانت السنة في المساقاة دليلاً على جواز القراض، وكان الإجماع على صحة القراض دليلاً على جواز المساقاة، ولأن فيهما رفقاً بين عجز عن التصرف من أرباب الأموال ومعونة لمن عدم المال من ذوي الأعمال لما يعود على الفريقين من نفعهما ويشتركان فيه من ربحهما.

فصل: فإذا ثبت جواز القرض فهو عقد معونة وإرفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين وليس بلازم لهما ويجوز فسخه لمن شاء منهما.

وصحة عقده معتبرة بثلاثة شروط، **أحدها**: اختصاص أحدهما بالمال والثاني انفراد الآخر بالعمل والثالث العلم بنصيب كل واحد منهما من الربح وقد يتفرع عن كل شرط من هذه الشروط فروع نستوفيها في موضعها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ الْقِرَاضُ إِلاَّ فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ الَّتِي هِيَ أَثْمَانٌ لِلأَشْيَاءِ وَقِيَمِهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال: لا يصح القراض إلا بالدراهم والدنانير دون العروض والسلع وبه قال جمهور الفقهاء.

وحكي عن طاووس والأوزاعي وابن أبي ليلى جواز القراض بالعروض لأنها مال كالدراهم والدنانير ولأن كل عقد صح بالدراهم والدنانير صح بالعروض كالبيع، وهذا خطأ لأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين، أما رد رأس المال فلأن في العروض ما لا مثل لها فلم يمكن ردها، وأما الربح فقد يفضي إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر لأنه إن زاد خيره العامل بالربح فاختص به رب المال، وإن نقص أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل. وهذه أمور يمنع القراض منها فوجب أن يمنع مما أدى إليها ولأن ما نافى موجب القراض منع من أن ينعقد عليه القراض كالمنافع.

فأما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير فهو أنها لا تمنع موجب القراض وأما قياسهم على البيع فالمعنى منه أنه لا يلزم فيه رد مثل، ولا قسمة ربح فجاز بكل مال.

فصل: فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه، فإن قارض بالنقار والسبائك لم يجز وبه قال أبو حنيفة، وإن قارض بالورق المغشوش لم يجز.

وقال أبو حنيفة يجوز إذا كان أكثرها فضة اعتباراً بحكم الأغلب، وهذا خطأ لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجز به القراض، فإذا خالطها لم يجز به القراض كالحرام، ولأن ما لم تخلص فضته لم تجز مفاوضته كالكثير الغش.

فصل: فإذا ثبت أن القراض لا يجوز إلا بضروب الدراهم والدنانير الخالصة من غش فإن قيل فمن شرطهما أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها، فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره كان القراض باطلاً للجهل بما تعاقدا عليه، وإن علما قدره وجهلا صفته بطل القراض لأن الجهل بالصفة كالجهل بالقدر في بطلان العقد.

فلو عقد القراض على ألف من أنواع شتى فإن علما كل نوع منها صح العقد، وإن جهلاه بطل، فلو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأي الألفين شاء ويستودع الأخرى لم يجز للجهل بالقراض هل عقد بألف درهم أو بألف دينار؟

فلو دفع إليه كيسين في كل واحد منها ألف درهم على أن تكون إحدى الألفين قراضاً، والأخرى وديعة ففيه وجهان: **أحدهما**: يجوز ويكون قراضاً صحيحاً لأنه معقود على ألف درهم معلومة لتساوي الألفين، **والوجه الثاني**: لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة، ولكن لو دفع إليه ألفاً وألفاً على أن له من ربح أحد الألفين النصف، ومن ربح الآخر الثلث، فإن عين الألف التي شرط له نصف ربحها من الألف التي شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين، وإن لم يعين لم يجز للجهل بمال كل واحد من العقدين.

فصل: ولا يجوز إذا كان مال القراض دراهم أن يشتري بدنانير، ولا إذا كان دنانير أن يشتري بدراهم لأن الشراء بغير مال القراض خارج عن القراض، ويكون الشراء للعامل، ولكن يجوز له إذا كان المال دراهم وكان الشراء بالدنانير أوفق أن يبيع الدراهم بالدنانير ثم يشتري حينئذ بالدنانير، وهكذا إذا كان مال القراض دنانير وكان الشراء بالدراهم أوفق باع الدنانير بدراهم ثم يشتري بالدراهم. والله أعلم.

فصل: وإذا كانت لرجل في يد رجل ألف درهم وديعة فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها وصفتها جاز، ولو كانا يجهلان القدر أو الصفة لم يجز، ولو قال له قد قارضتك على ألف من ديني الذي على فلان فأقبضها منه قراضاً لم يجز لأنه قراض على مال غائب، فإن

قبضها واتّجر بها صح القبض لأنه وكل فيه وكان الربح والخسران لرب المال وعليه لحدوثهما عن ملكه في قراض فاسد.

ولو كان له على العامل دين فقال له قد جعلت ألفاً من ديني عليك قراضاً في يدك لم يجز تعليلاً بأنه قراض على مال غائب، وفيما حصل فيه من الربح أو الخسران قولان حكاهما أبو حامد في جامعه تخريجاً: **أحدهما**: أنه لرب المال وعليه كالحادث عن مقارضته من دين على غيره، فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتّجر به **والقول الثاني**: وهو الأصح أن الربح والخسران للعامل وعليه دين رب المال، ولا يبرأ بالتجارة من دين رب المال.

والفرق بين كون الدين عليه وبين كونه على غيره أن قبضه من غيره صحيح؛ لأنه وكيل فيه لرب المال فعاد الربح والخسران على رب المال لحدوثهما عن ملكه، وقبضه من نفسه فاسد لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثهما عن ملكه لأنه في كل واحد من الموضعين يعود الربح والخسران على من له المال.

فصل: فأما إذا غصبه ألفاً ثم قارضه عليها فهذا على ضربين: **أحدهما**: أن يكون قد استهلكها بالغصب فقد صارت بالاستهلاك ديناً فيكون على ما ذكرنا.

والضرب الثاني: أن تكون باقية على ضربين:

أحدهما أن مقارضه عليها بعد إبرائه من ضمانها فيجوز لأنها تصير بعد الإبراء وديعة.

والضرب الثاني أن يقارضه عليها من غير تصريح بإبرائه منها ففي القراض وجهان:

أحدهما: أنه باطل لأنها مضمونة عليه كالدين، وما حصل فيها من ربح وخسران فلرب المال وعليه.

والوجه الثاني: وهو الصحيح أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر كما لو باعها عليه أو رهنها منه، وفي براءته من ضمانها ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه قد برىء من ضمانها لأنه قد صار مؤتمناً عليها.

والوجه الثاني: أنه لا يبرأ من ضمانها كما لا يبرأ الغاصب من ضمان ما ارتهنه.

والوجه الثالث: أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض فضمانها باق عليه، وإن تصرف فيها بدفعها في ثمن ما ابتاعه بها برىء من ضمانها إن عاقد عليها بأعيانها، ولم يبرأ إن عاقد بها في ذمته لأنها في التعيين مدفوعة إلى مستحقها بإذن مالكها فصارت كردها عليه، و فيما تعلق بذمته يكون مبرئاً لنفسه.

فصل: فأما إذا دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه والمضاربة بثمنه لم يجز لعلتين:

إحداهما: جهالة ثمنه، والقراض بالمال المجهول باطل.

والثانية: عقده بالصفة والقراض بالصفات باطل، فإن باعه العامل كان بيعه جائزاً لصحة الإذن فيه، وإن اتّجر به كان الربح والخسران لرب المال وعليه لحدوثهما عن ملكه، وللعامل أجرة مثله في عمل القراض دون بيع العرض لأنه لم يجعل له في بيع العرض جُعْلاً، وإنما جعل له في عمل القراض ربحاً فصار متطوعاً بالبيع معتاضاً على القراض، ولو قال خذ من وكيلي ألف درهم فضارب بها لم يجز لعلة واحدة، وهو أنه قراض بصفة، وما حصل من ربح وخسران فلرب المال وعليه.

فصل: فأما إذا دفع إلى صياد شبكة ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز، وكان الصيد للصياد وعليه أجرة الشبكة، ولو دفع إلى رجل ماشية ليعلفها ممسكاً لرقابها، ثم يقتسمان ما يدرّ من درّها ونسلها لم يجز، وكان الدرّ والنسل لرب الماشية، وللعامل أجرة مثله، فأما المعلوفة فإن كانت راعية لم يرجع بها، و إن كانت معلوفة يرجع بثمنها مع أجرته.

والفرق بين صيد الشبكة ونتاج الماشية، أن حدوث النتاج من أعيانها فكان لمالكها دون عالفها، وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة.

وعلى هذا لو دفع سفينة إلى ملّاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز وكان الكسب للملاح لأنه بعمله، وعليه لمالك السفينة أجرة مثلها.

وعلى هذا لو دفع إلى نسّاج غزلاً لينسجه ويكونا شريكين في فضل ثمنه لم يجز، وكانت معاملة فاسدة، والثوب لصاحب الغزل، وعليه أجرة مثله، ولو دفع إليه للغزل لتكون أجرته نصف ثمنه كانت إجارة فاسدة، وله أجرة مثله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «**وَإِنْ قَارَضَهُ وَجَعَلَ رَبُّ الْمَالِ مَعَهُ غُلَامَهُ وَشَرَطَ أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَامِلِ وَالْغُلَامِ أَثْلَاثاً فَهُوَ جَائِزٌ وَكَانَ لِرَبِّ الْمَالِ الثُّلُثَانِ وَلِلْعَامِلِ الثُّلُثُ**».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قارض رجلاً بمال على أن ثلث الربح لرب المال، وثلثه لغلامه والثلث الباقي للعامل فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يشترط عمل الغلام مع العامل فهذا قراض جائز لأن مال غلامه له إذ العبد لا يملك شيئاً فصار كأنه شرط ثلثي الربح لنفسه والثلث الباقي للعامل ثم جعل نصف ما حصل له من ربح مصروفاً إلى نفقة غلامه فيكون فيها مخيراً بين أن يصرفها إليه أو يحبسها عنه.

والضرب الثاني: أن يشترط عمل غلامه مع العامل ففي القراض وجهان:

أحدهما: باطل لأن عمل غلامه كعمله، ولو شرط أن يعمل مع العامل بنفسه بطل القراض كذلك إذا شرط عمل غلامه.

والوجه الثاني: أن القراض جائز لأن الغلام مال فصار اشتراط عمل الغلام معه كاشتراطه أن يعاونه بماله أو داره أو حماره ثم يحصل له ثلثا الربح والثلث الباقي للعامل.

فصل: فأما إن شرط رب المال ثلث الربح لنفسه وثلثه لأبيه أو زوجته وثلثه للعامل فالقراض باطل سواء شرط عمل أبيه أو زوجته معه أو لا، لأن أباه وزوجته يملكان ولا حق لهما في ربح مال القراض فخالف حال العبد الذي يرجع ما شرطه له إلى سيده.

فلو تصادقا أن ما شرط لأبي رب المال أو زوجته على وجه الاستعارة الاسمية صح القراض، وإن اختلفا فادعى أحدهما استعارة ليصح القراض، وادعى الآخر التمليك ليبطل فالقول قول من ادعى التمليك لأن الظاهر معه، ويكون القراض باطلاً إن حلف.

ولكن لو شرط رب المال لنفسه ثلثي الربح ليدفع منه إلى أبيه أو زوجته الثلث والباقي للعامل صح القراض لأن له أن يملكه ما شرطه، ثم هو مخير بين أن يدفع ذلك إلى من شرطه له أو يمنعه. ومثال ذلك في الصداق أن يصدقها ألفين على أن يدفع إلى أبيها ألفاً منها كان الصداق جائزاً، ولا يلزمها دفع الألف إلى أبيها.

ومثال الأولى: أن يتزوجها على ألف على أن يعطي أباها ألفاً أخرى كان الصداق باطلاً لأنه شرط على نفسه مع الصداق ما لا يلزمه بدله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى**: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَهُ إِلَى مُدَّةٍ مِنَ الْمُدَدِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن القراض من العقود الجائزة دون اللازمة، ولذلك صح عقده مطلقاً من غير مدة يلزم فيها، فلو شرطا مدة يكون القراض فيها لازماً بطل.

وقال أبو حنيفة: يصح. وهذا فاسد لأن ما كان من العقود الجائزة يبطل باشتراط المدة كالشركة ولأنه عقد يصح مطلقاً فبطل مؤجلاً كالبيع والنكاح.

فصل: فإذا ثبت هذا فاشتراط المدة على ضربين:

أحدهما: أن يشترطا لزوم العقد فيها فيكون القراض باطلاً لما ذكرنا.

والضرب الثاني: أن يشترطا الفسخ في العقد بعدها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة في البيع والشراء، فيكون القراض باطلاً لمنافاته موجب العقد في بيع ما حصل في القراض من عوض.

والضرب الثاني: أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة في الشراء دون البيع فيكون القراض جائزاً، لأن له فسخ القراض في الشراء عند مضي المدة فجاز أن يشترطه قبل مضي المدة.

فصل: ولو قال خذ هذا المال قراضاً ما شئت أنا من الزمان أو ما شئت أنت جاز لأنه كذلك تكون العقود الجائزة.

ولو قال خذه ما رضي فلان مقامك أو ما شاء فلان أن يقارضك لم يجز وكان قراضاً فاسداً، لأنه لا يجوز أن يكون قراضاً موقوفاً على رأي غيرهما.

ولو قال خذ المال قراضاً ما أقام العسكر أو إلى قدوم الحاج نظر: فإن شرط لزومه في هذه المدة كان باطلاً، وإن شرط فسخه بعدها في الشراء دون البيع ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لما لهما من ذلك.

والثاني: لا يجوز لأن لجهالة المدة قسطاً من الغرر وتأثيراً في الفسخ.

فصل: ولو قال خذ المال قراضاً على أن لا تبيع ولا تشتري إلا عن رأيي أو بمطالعتي لم يجز لما فيه من إيقاع الحجر عليه في تصرفه.

ولو قال على أن لا تتجر إلا في البر دون غيره أو الحنطة دون غيرها جاز لأن له أن يخص الأنواع ويعم وليس له أن يوقع الحجر فيما قد خص أو عم.

ولو قال خذ المال قراضاً على أن يكون بيدي أو مع وكيلي وأنت المتصرف فيه بالبيع والشراء ففيه وجهان:

أحدهما: أن القراض باطل لما فيه من إيقاع الحجر عليه.

والثاني: أنه جائز، لأنه مطلق التصرف في العقود فجاز أن يستوثق بغيره في حفظ المال.

فأما إن جعل عليه مشرفاً نظر: فإن رد إلى المشرف تدبيراً أو عملاً فسد القراض، لأن العامل فيه محجور عليه، وإن رد إليه مشارفة عقوده ومطالعة عمله من غير تدبير ولا عمل ففيه وجهان كما مضى لأنه حافظ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَشْتَرِطُ أَحَدُهُمَا دِرْهَماً عَلَى صَاحِبِهِ وَمَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا أَوْ يَشْتَرِطُ أَنْ يُولِيَهُ سِلْعَةً أَوْ عَلَى أَنْ يَرْتَفِقَ أَحَدُهُمَا فِي ذَلِكَ بِشَيْءٍ دُونَ صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

قد ذكرنا أن عقد القراض موجب لاشتراك رب المال، والعامل في الربح، ولا يختص به أحدهما دون الآخر، لأن المال والعمل متقابلان، فرأس المال في مقابلة عمل العامل، ولذلك وجب أن يشتركا في الربح، ولم يجز أن يختص به أحدهما مع تساويهما.

وإذا منعنا من اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر وجب أن يمنعا مما يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر، فمن ذلك أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهماً معلوماً والباقي لصاحبه أو بينهما فلا يجوز لأنه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط فينفرد به أحدهما وينصرف الآخر بغير شيء.

فإن كان رب المال قد شرطه فقد أخذ جميع الربح، وانصرف العامل بغير شيء مع وجود العمل وحصول الربح، وإن كان العامل قد شرطه فقد أخذ جميع الربح وانصرف رب المال بغير شيء مع وجود المال وحصول الربح.

ومثاله في البيوع أن يبيعه الثمرة إلا مداً يستثنيه لنفسه فيبطل البيع، لأنه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلا ذلك المد فيصير البائع آخذاً للثمن والثمرة معاً.

ولو شرطا تفاضلاً في الربح مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره للآخر، جاز لأنه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح.

ومثاله في البيوع أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع، لأن ما بقي منها فهو مبيع وغير مبيع.

فصل: ومن ذلك أن يشترط أحدهما أن يولي ما يرتضيه أو ما يكتسبه برأس ماله فيبطل القراض، لأنه قد لا يكون في المشتري ربح إلا فيما تولاه فيصير مختصاً بجميع الربح ويخرج الآخر بغير ربح.

ومن ذلك أن يشترط أحدهما رفقاً دون صاحبه مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب أو استخدام ما اشتراه من العبيد أو لبس ما اشتراه من الثياب مدة بقائها في القراض فيبطل القراض، لأنه قد لا يكون في أثمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفرداً بالربح، لأن المنفعة مقومة كالأعيان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَوْ يَشْتَرِطُ أَنْ لاَ يَشْتَرِيَ إِلاَّ مِنْ فُلاَنٍ أَوْ لاَ يَشْتَرِيَ إِلاَّ سِلْعَةً بِعَيْنِهَا وَاحِدَةً».

قال الماوردي: اعلم أن القراض ضربان: عام وخاص:

فالعام أن يقارضه على أن يتجر فيما أراد من أصناف الأمتعة وأنواع العروض فيجوز أن يشتري ما علم فيه صلاحاً من ذلك.

والخاص أن يقارضه على أن يتجر في الثمار أو في الأقوات أو في الثياب فيكون مقصوراً على شراء ما عين عليه دون غيره.

فإن عقده عاماً ثم خصه في نوع بعينه صار خاصاً، ولو عقده خاصاً في نوع ثم جعله عاماً في كل نوع صار عاماً، لأنه ينعقد جائزاً وليس ينعقد لازماً.

وأما إذا قارضه على شراء ثوب بعينه أو عبد بعينه أو عرض بعينه كان القراض باطلاً، لأنه قد يتلف ذلك المعين فلا يقدر على شراء غيره، أو قد لا يباع إلا بما لا فضل في ثمنه.

وهكذا لو قارضه على ألا يشتري إلا من فلان أو لا يبيع إلا على فلان كان القراض باطلاً، لأن فلاناً قد يموت قبل مبايعته، وقد لا يرغب في مبايعته، أو لا يبايعه إلا بما لا فضل في ثمنه.

وهكذا لو قارضه على ألا يبيع ويشتري إلا في دكان بعينه كان القراض باطلاً، لأنه قد ينهدم ذلك الدكان، أو قد يغلب عليه أو قد لا يبايع منه.

فأما إذا قارضه على ألا يبيع ويشتري إلا في سوق كذا جاز بخلاف الدكان المعين لأن السوق العامة كالنوع العام والدكان المعين كالعرض المعين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَوْ نَخْلاً أَوْ دَوَابَّ يَطْلُبُ ثَمَرَ النَّخْلِ وَنِتَاجَ الدَّوَابِّ وَيَحْبِسُ رِقَابَهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال: عقد القراض يقتضي تصرف العامل في المال بالبيع والشراء، فإذا قارضه بمال على أن يشتري به نخلاً يمسك رقابها ويطلب ثمارها لم يجز لأنه قد منع تصرف العامل بالبيع والشراء، ولأن القراض مختص بما يكون النماء فيه حادثاً عن البيع والشراء، وهو في النخل حادث من غير البيع والشراء فبطل أن يكون قراضاً، ولا يكون مساقاة لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها.

وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشي يحبس رقابها ويطلب نتاجها لم يجز لما ذكرنا، فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء، ومنع من البيع لأن الشراء عن إذنه، والبيع بغير إذنه، وكان الحاصل من الثمار والنتاج ملكاً لرب المال لأنه نماء حدث عن ملكه، وللعامل أجرة مثله في الشرط والخدمة، لأنها عمل عارض عليهما.

وحكي عن محمد بن الحسن جواز ذلك كله حتى قال: لو أطلق القراض معه جاز له

أن يشتري أرضاً أو يستأجرها ليزرعها أو يغرسها ويقتسما فضل زرعها وغرسها وهذا فاسد لما بيناه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ فَعَلَ فَذَلِكَ كُلُّهُ فَاسِدٌ فَإِنْ عَمِلَ فِيهِ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ وَالرِّبْحُ وَالْمَالُ لِرَبِّهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا كان القراض فاسداً فعمل العامل فيه قبل منعه من العامل واسترجاع المال منه كانت عقود بيوعه وشرائه صحيحة مع فساد القراض لصحة الإذن بها واختصاص الفساد بنصيبه من ربح القراض.

وإذا كان كذلك كان جميع الربح لرب المال والخسران عليه، وللعامل أجرة مثله سواء أكان في المال ربح أو لم يكن وقال مالك إن كان في المال ربح فله أجرة مثله وإن لم يكن فيه ربح فلا أجرة له استدلالاً بأن العقد إذا فسد حمل على حكمه لو صح، فلما كان القراض الصحيح إذا لم يكن فيه ربح لم يستحق العامل شيئاً وجب إذا فسد ألا يستحق شيئاً. وهذا خطأ، لأن كل عمل ملك العامل فيه المسمى في العقد الصحيح ملك فيه أجرة المثل في العقد الفاسد كالإجارة، ولأن كل ما ملكه في الإجارة الفاسدة ملكه في المضاربة الفاسدة قياساً عليه لو كان في المال ربح.

فأما الجواب عن قوله أن العقد إذا فسد حمل على حكمه لو صح فهو أنه يحمل على ذلك في وجوب الضمان وسقوطه، ولا يحمل على حكم الصحيح فيما سوى الضمان.

على أنه في الصحيح لما ضرب بسهم في كثير الربح جاز ألا يأخذ شيئاً مع عدم الربح، وفي الفاسد لما ضرب بسهم في كثير الربح لم يبطل عليه عمله مع عدم الربح.

ألا ترى أن من باع عبداً بمائة درهم بيعاً فاسداً وهو يساوي ألفاً ضمن المشتري بتلفه ألفاً، وإن رضي البائع أن يخرج عن يده بمائة لأنه لو باعه بألف بيعاً فاسداً وهو يساوي مائة لم يضمن المشتري بتلفه إلا مائة كذلك، كذلك في القراض الفاسد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اشْتَرَطَ أَنْ يَشْتَرِيَ صِنْفاً مَوْجُوداً فِي الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ فَجَائِزٌ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عقد القراض ضربان: خاص وعام.

فأما العام فهو أن يطلق تصرف العامل في كل ما يرجو فيه ربحاً فهذا جائز على عموم التصرف، وأما الخاص فهو أن يختص العامل على نوع واحد وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يوجد في عموم الأحوال كالحنطة والبر فيجوز، ويكون مقصور التصرف

على النوع الذي أذن فيه، فلو أذن له أن يتجر في البر جاز أن يتجر في صنوف البر كلها من القطن والكتان والإبريسم والخز والصوف الملبوس ثياباً أو جباباً ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش. وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البركانية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز لأنها ملبوسة.

والثاني: لا يجوز لخروجها عن اسم البر.

فلو أذن له أن يتجر في الطعام اقتصر على الحنطة وحدها دون الدقيق. وقال محمد بن الحسن يجوز أن يتجر في الحنطة والدقيق، وهذا خطأ لخروج الدقيق عرفاً عن اسم الطعام، ولو جاز ذلك لأنه من الحنطة لجاز بالخبز، ولا فرق بين أن يقول له خذ هذا المال على أن تتجر به في الحنطة، وبين أن يقول له خذه واتجر به في الحنطة في أنه لا يجوز له أن يعدل عن التجارة في الحنطة.

وقال أبو حنيفة: إن قال له خذه على أن تتجر به في الحنطة لم يجز أن يتجر به في غيرها لأنه شرط، وإن قال له خذه واتجر به في الحنطة فأراد أن يتجر في غيرها جاز لأنه مشورة منه وهذا خطأ لأنه في الحالين غيرآذن فيما سوى الحنطة.

والضرب الثاني: ما يوجد وقد لا يوجد كإذنه في أن يتجر في العود الرطب أو في الياقوت الأحمر أو في الخيل البلق أو في العبيد الخصيان فالقراض باطل سواء وجده أو لم يجده لأنه على غير ثقة من وجوده إلا أن يكون ذلك بمكان قد يوجد ذلك فيه غالباً فيجوز.

والضرب الثالث: ما يوجد في زمان ولا يوجد في غيره كالثمار والفواكه الرطبة فينظر في عقد القراض، فإن كان في غير أوان تلك الثمار فالقراض باطل، فإن جاءت تلك الثمار من بعد لم يصح القراض بعد فساده، وإن كان ذلك في أوان الثمار وإبانتها فالقراض جائز ما كانت تلك الثمرة باقية، فإن انقطعت ففي القراض وجهان:

أحدهما: قد بطل القراض بانقطاعها وليس له في العام المقبل أن يتجر بها إلا بإذن وعقد مستجد.

والوجه الثاني: أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه في كل عام أتت فيه تلك الثمرة فيتجر بها بالعقد الأول.

فأما إذا كان القراض في نوع موجود في كل الزمان فانقطع في بعضه لقلة أو غيرها فالقراض على وجهه وحاله، وهكذا إذا انقطع لجائحة أتت على جميعه لأن العقد قد كان ممكنا للاستدامة فخالف الثمار الرطبة في أحد الوجهين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا سَافَرَ كَانَ لَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ مِنَ الْمَالِ مَنْ يَكْفِيهِ بَعْض الْمُؤْنَةِ مِنَ الأَعْمَالِ الَّتِي لاَ يَعْمَلُهَا الْعَامِلُ وَلَهُ النَّفَقَةُ بِالْمَعْرُوفِ».

قال الماوردي: والكلام في هذه المسألة مشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في جواز سفر العامل بمال القراض.

والثاني: في مؤنة العمل.

والثالث: في نفقة العامل.

فأما الفصل الأول وهو سفر العامل بمال القراض، فلرب المال معه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينهاه عن السفر به فلا يجوز أن يسافر به إجماعاً فإن سافر به ضمنه والقراض في حاله صحيحاً.

والحالة الثانية: أن يأذن له في السفر به فيجوز له أن يسافر به إجماعاً فإن أذن له في السفر إلى بلد لم يجز له أن يسافر إلى غيره، وإن لم يخص له بلد أجاز أن يسافر به إلى البلد المأمونة الممالك والأمصار التي جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم إليها، ولا يخرج عن العرف المعهود فيها ولا في البعد إلى أقصى البلدان، فإن بعد إلى أقصى البلدان ضمن المال.

والحالة الثالثة: أن يطلق فلا يأذن له في السفر ولا ينهاه، وقد اختلف الناس في جواز سفره بالمال. فذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز أن يسافر به قريباً ولا بعيداً سواء رد الأمر إلى رأيه أم لا.

وقال أبوحنيفة: يجوز أن يسافر بالمال إذا أراد وإن لم يأمره بذلك ما لم ينهه، وقال محمد بن الحسن وأبو يوسف يجوز أن يسافر بالمال إلى حيث يمكن الرجوع منه قبل الليل.

وقال محمد بن الحسن يجوز أن يسافر إلى حيث لا تلزمه مؤونة ودليلنا قوله ﷺ: «إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ عَلَى قَلْتٍ إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ» ـ يعني على خطر ـ وهو لا يجوز أن يخاطر بالمال، ولأنه مؤتمن فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل، ولأن كل سفر منع من الوكيل منع منه العامل كالسفر البعيد.

فصل: وأما الفصل الثاني وهو مؤونة العمل فينقسم قسمين: قسم يجب في مال القراض ولا يلزم العامل وقسم يلزم العامل ولا يجب في مال القراض، فأما ما يجب في مال القراض فأجرة المحمل وأكرية الخانيات وما صار معهوداً من الضرائب التي لا يقدر على منعها فله دفع ذلك كله بالمعروف من رأس المال ثم وضعه من الربح الحاصل ليكون الفاضل بعده من الربح هو المقسوم بين رب المال و العامل على شرطهما.

وأما ما يلزم العامل فهو ما جرت عادة التجار أن يفعلوه بأنفسهم في أموالهم مثل نشر البز وطيه وعرض الأمتعة ومباشرة العقود وقبض الأثمان واقتضاء الديون فكل ذلك على العامل لأنه به ملك الربح.

وأما النداء على الأمتعة فمن يزيد فلا يلزمه لأن عرف التجار في أموالهم لم يجر به وتكون أجور المنادين في مال القراض.

وأما الوزان فإن كان فيما يحفر ولم تجر عادة التجار به في أموالهم كان في مال القراض، وإن كان فيما يقل ويخف كالعود والمسك وما في معناهما فهو على العامل لأن عادة التجار جارية به في أموالهم، فإن استأجر له تحمل الأجرة في ماله.

ولو فعل بنفسه ما يستحق في مال القراض كان تطوعاً منه لا يرجع به في مال القراض لأنه لا يستحق على عمله في مال واحد عوضين أجرة وربحاً.

فصل: وأما الفصل الثالث وهو نفقة العامل فينقسم قسمين: أحدهما ما يختص العامل بالتزامه وهو نفقة حضره في مأكوله وملبوسه لعلتين:

إحداهما: اختصاص العامل بالربح دون رب المال وذلك لا يجوز.

والثانية: أن نفقة إقامته لا تختص بعمل القراض فلم تلزم في مال القراض.

والقسم الثاني: نفقة سفره، فالذي رواه المزني في مختصره هنا أن له النفقة بالمعروف، وقال في جامعه الكبير والذي أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم، وثمن ما يشتريه فيكتسبه وروى في مختصره وجامعه وجوب النفقة، وجعلها في جامعه معلومة كنفقة الزوجات، وفي مختصره بالمعروف كنفقات الأقارب، فهذا ما رواه المزني.

وروى أبو يعقوب البويطي أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضراً كان أو مسافراً.

واختلف أصحابنا: فكان أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل يحملان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين:

أحدهما: وهو رواية المزني أن له النفقة في سفره لاختصاص سفره بمال القراض بخلاف نفقة الاستيطان.

والقول الثاني: لا نفقة له لما فيه من اختصاصه بالربح أو شيء منه دون رب المال. وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة لا نفقة له قولاً واحداً على ما رواه

البويطي. حملا رواية المزني على نفقة المتاع دون العامل وهذا التأويل مدفوع بما بينه المزني في جامعه الكبير من قوله نفقة معلومة في كل يوم وثمن ما يشتريه فيكتسبه.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من اختلافهم في وجوب النفقة، فإن قلنا بأنها غير واجبة على ما رواه البويطي فلا تفريع عليه.

وإن قلنا بأنها واجبة على ما رواه المزني في مختصره وجامعه فهو مذهب أبي حنيفة ومالك، وعليه يكون التفريع.

فتجب نفقة مركوبه في سفره ومسيره بالمعروف في مثل سفره، وتجب نفقة مأكولة وملبوسة المختص بلباس سفره.

وفي تقدير نفقته وجهان لاختلاف رواية المزني:

أحدهما: أنها مقدرة كنفقة الزوجات لأنها معاوضة وتقديرها أدفع للجهالة، وهذا ما رواه المزني في جامعه الكبير.

والوجه الثاني: أنها معتبرة بالمعروف من غير تقدير لأنها مؤونة في عمل القراض فاشتبهت بسائر مؤن المال؛ ولأن تقديرها يفضي إلى اختصاص العامل بفضلها إن رخص السعر، أو إلى تحمل بعضها إن علا فوجب أن تعتبر بالمعروف على ما رواه المزني في مختصره، لكن لا يلزم فيها أجرة حمام ولا حجام ولا ثمن دواء ولا شهوة.

وقال أبو حنيفة: له في نفقته أجرة حمامه وحجامه وما احتاج إليه من دوائه وما قرب من شهواته وهذا غير صحيح من وجهين:

أحدهما: أن نفقات الزوجات أوكد منها وذلك غير لازم فيها.

والثاني: أن ذلك مما لا يختص بسفره ولا بعمله، فأشبه صداق من يتزوجها ونفقة من يستمتع بها على أن مزاحماتها من جعل له نفقة السفر ما زاد على نفقة الحضر وحكاه أبو علي بن أبي هريرة عن بعض متقدميهم و هو أشبه بالقياس فإن دخل في سفره بلداً فله النفقة ما أقام فيه مقام المسافر ما لم يتجاوز أربعاً فإن زاد على إقامته أكثر من أربع نظر: فإن كان لغير مال القراض من مرض طرأ أو عارض يختص به فنفقته في ماله دون القراض. وإن كان مقامه لأجل مال القراض انتظار البيعة وقبض ثمنه أو التماساً لحمله أو لسبب يتعلق به فنفقته فيه كنفقته في سفره لاختصاصه بالقراض.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ خَرَجَ بِمَالٍ لِنَفْسِهِ كَانَتِ النَّفَقَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ بِالْحِصَصِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: وجملته أنه إذا سافر بمال القراض لم يمنع أن يسافر بمال لنفسه ومنع بعض العراقيين أن يسافر بمال لنفسه؛ لأن عمله مستحق في مال القراض فصار كالأجير.

وهذا خطأ لأنه لما جاز له في الحضر أن يعمل في ماله ومال القراض جاز له ذلك في السفر، ولأن عقد القراض لما أوجب عليه العمل في المال ولم يستحق به عليه جميع المال، فإذا أدى ما لزمه من عمل القراض فسواء فيما سواه ممسكاً أو عاملاً.

فلو شرط عليه في العقد ألا يسافر بمال لنفسه بطل القراض لأنه قد أوقع عليه حجراً غير مستحق.

فصل: فإذا تقرر أن له أن يسافر بمال نفسه ومال القراض فلا يجوز أن يخلط ماله بمال القراض وعليه تمييز كل واحد من المالين، فإن خلطهما فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بإذن رب المال فيجوز ويصير شريكاً ومضارباً، ومؤنة المال مقسطة على قدر المالين، ونفقة نفسه إن قيل إنها لاتجب في مال القراض فهو مختص بها، وإن قيل إنها تجب في مال القراض فهي مقسطة على قدر المالين بالحصص.

والضرب الثاني: أن يخلط المالين بغير إذن رب المال فيبطل القراض لأنه يصير كالعادل به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه لا تختلف، وتكون نفقة المالين بقدر الحصص، وربح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض، وللعامل أجرة مثل عمله فيه ولا يوجب له أجرة كل العمل، لأن عمله قد توزع على ماله ومال القراض.

فصل: فلو أبضع رب المال عامله في مال القراض بضاعة لنفسه يختص بربحها جاز إن كان عن غير شرط في القراض، ولم يجز إن كان عن شرط.

و قال مالك لا يجوز إن كان عن غير شرط لأنه كالمعمول عليه بالشرط وهذا خطأ لأن ما تجرد عن الشرط كان تطوعاً لا يبطل به العقد كما لو أبضعه شراء ثوب يكتسيه أو طعام يقتات به، ولأنه لما جاز لغير رب المال أن يبضعه متجراً جاز لرب المال أن يبضعه متجراً لأنه متطوع بالأمرين.

فصل: ولا يجوز للعامل أن يبتاع لنفسه من مال القراض. ولا أن يبيع لنفسه شيئاً من مال القراض لأنه وكيل، وكذلك لا يجوز أن يبتاع ذلك لمن يلي عليه من صغار ولده، وهكذا لا يجوز لرب المال أن يبتاع شيئاً من مال القراض لأنه كالبائع لنفسه.

فصل: وإذا اختلف العامل ورب العمل في قدر ما ادعاه من النفقه اللازمة في مال

القراض فالقول فيه إذا كان محتملاً قول العامل مع يمينه لأنه مؤتمن على النفقة كما كان مؤتمناً على الربح .

وفيه وجه آخر أن القول قول رب المال مع يمينه من اختلاف الوجهين في ادعاء العامل رد المال على ربه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَمَا اشْتَرَى فَلَهُ الرَّدُّ بِالعَيْبِ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح إذا اشترى العامل سلعة في القراض فوجد بها عيباً فهو على ضربين :

أحدهما : أن يكون فيها مع العيب فضل وظهور ربح فليس للعامل أن يرد لحق رب المال في الفضل الظاهر، وليس لرب المال أن يرد لحق العامل في الفضل الظاهر.

فإن اجتمعا على الرد فذلك لهما لأنه حق لهما، ويكون حال السلعة مع ظهور العيب كحالهما لو سلمت من عيب لظهور الفاضل في الحالين.

والضرب الثاني : أن يكون فيها لأجل العيب خسران وعجز فللعامل أن يرد السلعة بالعيب لأنه مأمور بتنمية المال، وفي إمساك العيب تلف للنساء، ولأنه حل محل مالكه، وللمالك فسخه ورده، فإن رضي العامل بعيبه كان لرب المال رده لما يلحقه من النقص في ماله، فيصير لكل واحد من العامل ورب المال أن ينفرد بالرد، فإن اجتمعا على الإمساك والرضا بالعيب جاز لأن حق الرد لا يتجاوزهما.

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَكَذَٰلِكَ الْوَكِيلُ» .

قال الماوردي : قد ذكرنا حال الوكيل في رد ما وجد به عيباً، وأن ما اشتراه لا يخلو من أن يكون معيناً أو غير معين، فإن كان معيناً لم يكن له رده إلا بإذن موكله لأن شراءه غير مردود إلى رأيه لجواز علم الموكل بعيبه، وإن كان غير معين فله الرد لأن مطلق الإذن بالشراء يقتضي سلامة المشتري كالمقارض، وسواء كان فيه مع العيب فضل أو لا بخلاف المقارض، ولا يلزمه استئذان الموكل في الرد، فإن نهاه الموكل عن الرد منع من الرد بخلاف العامل لأن للعامل شركاً في الربح وليس للوكيل شرك فيه، فصار الوكيل موافقاً للعامل في الوجه الذي ذكرناه، ومخالفاً في الوجه الذي ذكرناه.

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَ إِنِ اشْتَرَى وَبَاعَ بِالدَّيْنِ فَضَامن إلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ» .

قال الماوردي : اعلم أن رب المال لا يخلو حاله في مال القراض من ثلاثة أقسام :

أحدهما: أن يأمره في البيع والشراء نقداً، فلا يجوز للعامل أن يشتري بالنساء ولا أن يبيع بالنساء.

والقسم الثاني: أن يأذن له في البيع والشراء بالنساء فيجوز للعامل أن يبيع ويشتري بالنقد والنساء، أما النقد فلأنه أحظ، وأما النساء فلما كان الإذن فلونهاه عن البيع والشراء بالنقد لم يلزم ذلك للعامل لما فيه من التغرير بتأخير النساء، وخالف الوكيل وصار عقد القراض باطلاً.

ولا يجوز له مع إذن النساء أن يشتري ويبيع سلماً، لأن عقد السلم أكثر غرراً من النساء في الأعيان، فإن أذن له في الشراء سلماً جاز، وإن أذن له في البيع سلماً لم يجز، والفرق بينهما وجود الحظ غالباً في الشراء وعدمه في البيع.

والقسم الثالث: أن يطلق الإذن له بالبيع والشراء من غير أن يذكر له نقداً أو نساء فقد قال أبو حنيفة يجوز للعامل أن يبيع ويشتري بالنقد والنساء، وبمثله قال في الوكيل مع إطلاق الإذن لأن مطلق الإذن يقتضي عموم الحالين.

ولا يجوز له عند الشافعي مع إطلاق الإذن أن يبيع ويشتري إلا بالنقد لأن الآجال لا تثبت في العقود إلا بشرط كالأثمان.

فصل: فإذا تقرر أنه ممنوع من النساء في البيع والشراء فعاقد بالنساء فذلك نوعان: بيع و شراء، فأما الشراء فضربان:

أحدهما: أن يشتري بالنساء في مال القراض فيكون الشراء باطلاً.

والضرب الثاني: أن يشتري بالنساء في ذمته فيكون الشراء لازماً له.

و أما البيع فباطل ولا ضمان عليه في المبيع ما لم يقبضه، فإن قبضه ضمنه حينئذ بالإقباض وعليه واسترجاعه ما كان باقياً، فإن تلف فلرب المال أن يأخذ بضمانه وغرمه من شاء من العامل أو المشتري، فإن أغرم العامل رجع بما غرمه على المشتري، وإن أغرم المشتري لم يرجع به على العامل لأن الغرم ثبت على من كان في يده التلف.

فصل: فلو قال رب المال للعامل: اعمل في القراض برأيك لم يجز أن يعاقد بالنساء لا بيعاً و لا شراء لأن عمله برأيه ينصرف إلى تدبيره واجتهاده في وفور الأرباح والتماس النماء دون النساء.

فصل: وإذا قارضه عل على غير مال ليشتري بالنساء فإن القراض باطل لأنه يصح في الأعيان و لا يصح في الذمم.

ولو قارضه على مال فأذن له في الشراء بالنساء لم يكن للعامل أن يشتري نساء بأكثر من مال القراض قدراً لأن ما زاد عليه خارج منه

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَ هُوَ مُصَدَّقٌ فِي ذَهَابِ الْمَالِ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن العامل مؤتمن في مال القراض فلا يتعلق به ضمان، لأنه في يده لمنفعة مالكه بطلب الربح، وما يعود عليه من الربح فإنما هو عوض عن عمله فصار كالوكيل المستعجل فإذا ادعى تلف المال من يده كان القول قوله مع يمينه، فإن ادعى رد المال على ربه فالأمناء ثلاثة:

أمين يقبل قوله في الرد وهو المودع، وأمين لا يقبل قوله وهو المرتهن، وأمين مختلف في قبول قوله في الرد مع يمينه وهو المضارب ففيه وجهان:

أحدهما: أن قوله مقبول في الرد مع يمينه كالمودع.

والوجه الثاني: أن قوله غير مقبول في الرد و إن كان مقبولاً في التلف كالمرتهن.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَ إِذَا اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بِإِذْنِهِ عَتَقَ وَ إِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَالْمُضَارِبُ ضَامِنٌ وَالعَبْدُ لَهُ وَلِمَالِكٍ إِنَّمَا أَمْرُهُ أَنْ يَشْتَرِي مَنْ يَحِلُ لَهُ أَنْ يَرْبَحَ فِي بَيْعِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا اشترى العامل في القراض أبا رب المال أو أمه أو بنته ممن يعتق عليه لو ملكه لم يخل من أحد أمرين: إما أن يشتري بإذنه أو بغير إذنه. فإن اشتراه بإذنه صح الشراء، وكان لازماً لرب المال، وهو في شرائه له كالوكيل، وقد بطل من القراض ما دفعه في ثمنه، وكان كالقابض له من رأس المال.

وهل يكون عقد ابتياعه داخلاً في عقد قراضه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أنه دخل في عقد قراضه، وإنما خرج منه بعد العقد بحكم الشرع، فعلى هذا إن لم يكن في ثمنه فضل لو كان على رقه فلا شيء للعامل فيه، وإن كان فيه فضل رجع العامل على رب المال بقدر حصته من فضله.

والوجه الثاني: وهو الصحيح عندي أنه غير داخل في عقد قراضه لخروجه عن حكمه، فعلى هذا يكون للعامل في شرائه أجرة مثله سواء كان في ثمنه فضل، أو لم يكن، لأنه دخل في شرائه على عوض منه، فصار كالمشتري في القراض الفاسد.

فصل: وإن اشتراه بغير إذن رب المال فهو غير داخل في مال القراض لأن عقد القراض يوجب ابتياع ما ترجى الزيادة في ثمنه، والزيادة في ثمن هذا معدومة، واستهلاك

المال به موجود فصار شراؤه في حق رب المال كشراء ما لا يعاوض عليه من خمر وخنزير.

وإذا لم يلزم بما وصفت في مال القراض لم يخل شراء العامل له من أن يكون بعين المال أو في ذمته.

فإن اشتراه بعين المال بطل شراؤه لأنه مبيع بعين لا يملك به فصار كبيعه بمال مغصوب.

وإن اشتراه في ذمته كان الشراء لازماً له، وإن نقد من مال القراض في ثمنه كان ضامناً له، وبطل من القراض قدر ما دفع من ثمنه لأنه صار بالدفع مضمون المثل في ذمته فخرج عن حكم القراض لخروجه من مال القراض.

فصل: فأما إن اشترى العامل أخا رب المال أو عمه صح الشراء وكان في مال القراض لجواز تملكه لهم، وطلب الفضل في ثمنهم لأنهم لا يعتقون بالملك.

فأما إن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها في مال القراض فإن كان بإذنها صح الشراء وبطل النكاح، وكان على حاله في مال القراض لأن ملك المرأة لزوجها مبطل للنكاح وغير موجب للعتق.

وإن اشتراه بغير اذنها ففيه قولان:

أحدهما: أنه لايلزم في مال القراض لما فيه من دخول الضرر على رب المال فخرج عن مطلق الإذن كشراء الأب.

والقول الثاني: أنه لازم في مال القراض لتفارقه، وثبوت ملكه، وجواز أخذ الفضل من ثمنه بخلاف الأب المعدوم ذلك كله فيه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ يَشْتَرِي أبا سَيِّدِهِ فَالشِّرَاءُ مَفْسُوخٌ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ وَ لاَ مَالَ لَهُ(وَقَالَ) فِي كِتَابِ الدَّعْوَى وَ البَيِّنَاتِ فِي شِرَاءِ العَبْدِ مَنْ يُعْتِقُ عَلَى مَوْلاَهُ قَوْلاَنِ. أَحَدُهُمَا جَائِزٌ وَ الآخَرُ لاَ يجُوزُ(قَالَ المُزنِيُّ) قِيَاسُ قَولِهِ الَّذِي قَطَعَ بِهِ أَنَّ البَيْعَ مَفْسُوخٌ لِأَنَّهُ لاَ ذِمَّةَ لَهُ».

قال الماوردي: وجملته أن السيد إذا أذن لعبده في التجارة فاشترى العبد أبا سيده لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن ينهاه عن شرائه فيكون الشراء باطلاً للنهي عنه، وهو مردود على بائعه ويرتجع بما دفعه في ثمنه.

والقسم الثاني: أن يأذن له في شرائه، فالشراء صحيح وفي زمان عتقه وجهان:

أحدهما: يعتق بنفس الشراء.

والوجه الثاني: بأداء الثمن.

وهذان الوجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في غرماء العبد، هل ملكوا بديونهم حجراً على ما بيده أو لا؟

والقسم الثالث: أن لا يكون من سيده فيه إذن و لا نهي ففيه قولان:

أحدهما: أن الشراء باطل كالمضارب إذا اشترى بعين المال أبا ربه، وسواء أكان شراء العبد بعين المال، أو في ذمته، لأن العبد ليس بذي ذمة يعامل عليها وإنما يعامل على ما بيده.

والقول الثاني: أن الشراء صحيح، لأن عقد العبد منسوب إلى سيده لأن يده كيده فصار عقده كعقده.

فعلى هذا هل يعتق في الحال أو بأداء الثمن؟

على ما مضى من وجهين.

فصل: فأما إذا اشترى العبد أبا نفسه صح الشراء وكان على رقه في ملك السيد لأن شراءه لسيده لا لنفسه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنِ اشْتَرَى الْمُقَارِضُ أَبَا نَفْسِهِ بِمَالِ رَبِّ الْمَالِ وَفِي الْمَالِ فَضْلٌ أَوْ لَا فَضْلَ فِيهِ فَسَوَاءٌ وَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَقُومُ مُقَامَ وَكِيلٍ اشْتَرَى لِغَيْرِهِ فَبَيْعُهُ جَائِزٌ وَلَا رِبْحَ لِلْعَامِلِ إِلَّا بَعْدَ قَبْضِ رَبِّ الْمَالِ مَالَهُ وَلَا يَسْتَوْفِيهِ رَبُّهُ إِلَّا وَقَدْ بَاعَ أَبَاهُ وَلَوْ كَانَ يَمْلِكُ مِنَ الرِّبْحِ شَيْئاً قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ الْمَالُ إِلَى رَبِّهِ كَانَ مُشَارِكاً لَهُ وَلَوْ خَسِرَ حَتَّى لَا يَبْقَى إِلَّا أَقَلُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ كَانَ فِيمَا بَقِيَ شَرِيكاً لِأَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئاً زَائِداً مَلَكَهُ نَاقِصاً».

قال الماوردي: وصورتها أن يشتري العامل في القراض أبا نفسه، فلا يخلو أن يكون في المال عند شرائه ربح يستحق فيه سهماً أو لا ربح فيه.

فإن لم يكن في المال ربح كان أبو العامل على رقه في مال القراض لأن العامل لم يملك من أبيه شيئاً، وليس يمتنع أن يكون وكيلاً في شراء أبيه لرب المال.

وإن كان في المال ربح يستحق فيه بعمله سهماً ففي عتقه عليه قولان مبنيان على اختلاف قولين في العامل ـ هل يكون شريكاً في الربح بعمله ومالكاً لحقه منه عند ظهوره؟ أو هو وكيل يأخذ ما شرط من الربح أجرة يملكها بالحصص؟

أحد القولين وهو اختيار المزني أن العامل وكيل مستعجل وليس بشريك وما يخصه من الربح أجرة لا يملكها بالظهور، وإنما يملكها بالقبض.

ووجه ذلك من ثلاثة أشياء:

أحدها: أنه لو ملك الربح بظهوره وكان شريكاً لوجب إذا تلف من المال شيء أن يكون التالف مقسطاً على الأصل والربح، لأن تلف بعض المال المشترك لا يجوز أن يختص به بعض الشركاء فيه، فلما كان التالف من جملة المال محسوباً من ربحه ولم يتقسط عليه وعلى أصله علم أنه لم يكن شريكاً فيه ولا مالكاً لشيء منه لأنه لو ملكه زائداً لملكه ناقصاً.

والثاني: أن الربح عند ظهوره وقبل قبضه مرصد لصلاح المال وتثميره لأنه لو ظهر في المال خسران لكان مجبوراً به، ولو كان ملكاً للعامل وشريكاً فيه لما جاز أن يجبر به مال غيره ألا تراه إذا قبض الربح وملكه لم يجز أن يجبر الخسران به لأن ملك الإنسان لا يجبر به مال غيره.

والثالث: أن من كان شريكاً في ربح إن ظهر كان شريكاً في خسران إن حدث، فإذا لم يكن العامل شريكاً في الخسران ولا ملتزماً لشيء منه لم يكن شريكاً في الربح ولا مالكاً لشيء منه، فعلى هذا القول يكون أبو العامل على رقه في مال القراض، ولا يعتق عليه لأنه غير مالك لشيء منه.

والقول الثاني: أن العامل شريك في الربح بعمله ومالك له بظهوره، وبه قال أبو حنيفة، ووجهته ثلاثة أشياء:

أحدها: أن للعامل إجبار رب المال على القسمة ـ ولو لم يكن شريكاً فيه بسهم لم يكن له الإجبار على قسمته ـ ألا تراه في المضاربة الفاسدة لا يملك إجباره على القسمة لأن ما يستحقه عليه أجرة، ويملكه في المضاربة الصحيحة، ولو لم يكن في المال ربح لم يجبره على القسمة ويجبره إذا كان فيه ربح، ولا شيء أدل على ثبوت الملك من استحقاق القسمة.

والثاني: أنه لو كان ما يستحقه من الربح أجرة لا يملكها إلا بالقبض لما جاز أن تكون مجهولة القدر، وفي إجماعهم على جواز المضاربة مع الجهالة بربحها دليل على أن سهم العامل منها لشركته فيها، وليست أجرة تبطل مع الجهالة بها.

والثالث: أنه لو كان سهمه من الربح أجرة على عمله في المال لوجب أن يستحقه مع الخسران لوجود العمل، وإن عدم الربح كوجوده مع ظهور الربح لأن فوات الأجرة لا تسقط معاوضة العمل، كما لو استأجره على عمل بمال معين فتلف المال بعد العمل لم يهدر عمله واستحق به أجرة المثل، فلما لم يجز ذلك دل على فساد الأجرة وصحة الشركة.

فعلى هذا يعتق عليه بالثمن الذي اشتراه به لا بقيمته إن كانت حصته من الربح هي جميع ثمنه. ويبطل عقد القراض في جميع المال ـ بخلاف ما لو كان المشتري أبا رب المال لأن العامل إذا اشترى أبا رب المال بأمره بطل من مال القراض بقدر ثمنه. وإذا اشترى العامل أبا نفسه بطل جميع القراض.

والفرق بينهما أن أبا رب المال محسوب عليه من أصل المال من القراض بقدره، ولم يبطل جميع عقده، وأبو العامل محسوب عليه من ربحه، وربح القراض لا يؤخذ إلا قسمة وسواء كانت حصته من الربح بقدر ثمنه أو أكثر في أن القراض كله قد بطل لأن أخذ بعض الربح كأخذ جميعه في الفسخ.

فإن استأنف من المال معه قراضاً بعد شراء أبيه كان عقداً مستجداً، وإن كانت حصة العامل من الربح أقل من ثمن أبيه كأنها كانت بقدر نصفه عتق منه بقدر حصته، وصار بعتقه مستوفياً لجميع حقه ثم ينظر:

فإن كان موسراً بقيمة باقية قوم عليه وعتق جميعه فيصير نصفه معتقاً بالثمن ونصفه معتقاً بالقيمة.

وإن كان معسراً بقيمة باقية وعتق منه ما عتق ورق منه ما رق.

فلو لم يظهر في المال ربح عند شراء أبيه فالمضاربة على حالها لبقاء أبيه على الرق، فإن ظهر ربح فيما بعد عتق عليه وبطلت المضاربة.

فصل: إذا ادعى العامل ظهور الربح في المال وطالب بالقسمة لم يجبر المالك عليها ما لم يعترف بظهور الربح أو يتحاسبان فيظهر له الربح.

ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيما يخبر به من وفوره أو سلامته، فإذا حضر المال تحاسبا، فإن ظهر ربح تقاسما، فلو تقاسما قبل المحاسبة على ما ذكره العامل من قدر الربح ثم تحاسبا فوجدا رأس المال ناقصاً ترادا الربح ليستكمل رأس المال.

ولو رضي رب المال، والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه احتياط لهما تركاه.

والوجه الثاني: لا يجوز، وقد ذكره الشافعي في موضع لأنهما يتحاسبان على جهالة.

والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَتَى شَاءَ رَبُّهُ أَخْذَ مَالِهِ قَبْلَ الْعَمَلِ وَبَعْدَهُ وَمَتَى شَاءَ الْعَامِلُ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْقِرَاضِ خَرَجَ مِنْهُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عقد القراض من العقود الجائزة دون اللازمة، فلكل واحد من رب المال والعامل أن ينفرد بالفسخ قبل العمل وبعده مع وجود الربح أو حدوث الخسران، فإذا فسخها أحدهما انفسخت وصار كاجتماعهما على فسخها ثم لا يخلو المال من أن يكون ناضاً أو غير ناض. فإن كان ناضاً من دراهم أو دنانير لم يخل أن يكون من جنس رأس المال أو من غير جنسه فإن كان من جنس رأس المال مثل أن يكون دراهم ورأس المال دراهم، أو يكون دنانير ورأس المال دنانير، فالعامل ممنوع من التصرف فيه ببيع أو شراء سواء كان هو الفاسخ أو ربه، ثم نظر فإن كان فيه فضل تقاسماه على شرطهما، وإن لم يكن فيه فضل، أو كان فيه خسران أخذه رب المال ولا شيء فيه للعامل.

وإن كان من غير جنس رأس المال مثل أن يكون دراهم ورأس المال دنانير أو يكون دنانير ورأس المال دراهم فحكم هذا كحكمه لو كان عرضا.

ولهما في العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال:

أحدها: أن يجتمعا على بيعه فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده فإذا نض ثمنه أخذ رب المال ماله وتقاسما فضلا إن كان فيه.

والحالة الثانية: أن يتفقا على ترك بيعه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون في ثمنه لو بيع فضل فقد سقط حق العامل منه وصار العرض ملكاً لرب المال بزيادته ونقصه، فإن زاد ثمنه بعد ترك العامل له لم يكن له حق في زيادته لخروجه بالترك عن قراضه.

والضرب الثاني: أن يكون قي ثمنه فضل لو بيع عند تركه فينظر في ترك العامل، فإن كان قد تركه إسقاطاً لحقه فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكاً لرب المال ولا شيء للعامل فيه.

وإن كان قد تركه تأخيراً لبيعه فهو على حقه من فضل ثمنه وله بيعه متى شاء.

والحال الثالث: أن يدعو العامل إلى بيعه ويمنعه رب المال منه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يرجو في ثمنه فضلاً ولا يأمل ربحاً فليس له بيعه ويمنع منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً.

والضرب الثاني: أن يرجو في ثمنه فضلاً ويأمل ربحاً فله بيعه وليس لرب المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح.

فلو بذل له رب المال حصته من ربحه ومنعه من بيعه ففي بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين في سيد العبد الجاني إذا منع المجني عليه من بيعه، وبذل له قدر قيمته:

أحدهما: يمنع المجني عليه من بيع العبد لوصوله إلى قيمته، ويمنع العامل من بيع العرض لوصوله إلى ربحه.

والثاني: أن المجني عليه لا يمنع من بيع العبد إلا ببذل جميع الجناية؛ لأنه قد يرجو الوصول إليها بالبيع إن حدث له راغب، ولا يمنع العامل من بيع العرض لأنه قد يرجو زيادة على القيمة لحدوث راغب.

والحال الرابع: أن يدعو رب المال إلى بيعه ويمتنع العامل منه.

فإن كان امتناعه لغير ترك لحقه منه أجبر على بيعه لتنقطع علته فيه ويتصرف رب المال في ثمنه.

وإن كان امتناعه تركاً لحقه منه ففي إجباره على بيعه وجهان:

أحدهما: لا يجبر عليه لأن البيع والشراء إنما يلزم في حقيهما، وببطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقاً لهما.

والوجه الثاني: أنه يجبر على بيعه لأن رد رأس المال مستحق عليه، وليس العرض رأس المال وإنما هو بدل عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «**وَإِنْ مَاتَ رَبُّ الْمَالِ صَارَ لِوَارِثِهِ فَإِنْ رَضِيَ تَرْكَ الْمُقَارِضِ عَلَى قِرَاضِهِ وَإِلاَّ فَقَدِ انْفَسَخَ قِرَاضُهُ وَإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ لَمْ يَكُنْ لِوَارِثِهِ أَنْ يَعْمَلَ مَكَانَهُ**».

قال الماوردي: وهذا كما قال، عقد القراض يبطل بموت كل واحد من رب المال أو العامل، لأن العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها وهما في العقد سواء لأنه تم بهما، وهو غير لازم.

فإن بطل بموت كل واحد منهما لم يخل أن يكون الميت هو رب المال أو العامل فإن كان الميت منهما هو رب المال لم يخل أن يكون المال ناضاً أو عرضاً:

فإن كان ناضاً منع العامل أن يتصرف فيه ببيع أو شراء، ثم لورثة رب المال أن يسترجعوا رأس المال، ويقاسموا العامل على ربح إن كان.

فإن أذنوا له في المقام على قراض أبيهم كان ذلك عقداً مبتدأ، فلا يخلو حالهم من أحد أمرين: إما أن يكونوا عالمين بقدر المال، أو جاهلين به.

فإن كانوا عالمين بقدره صح القراض إن كانوا أهل رشد لا يولى عليهم ولم يتعلق بتركة ميتهم ديون ولا وصايا.

وإن كانوا بخلاف ذلك لم يصح إذنهم.

ثم إذا صح فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المال أو لم يحصل. فإن لم يحصل فكل المال الذي في يده قراض لورثة ربه. وإن كان قد حصل فيه ربح قبل موت ربه فهو شريك في المال بحصته من ربحه، ويختص بما يحصل من فضله، ومضارب فيما بقي من الربح مع رأس المال بما شرط له من ربحه.

وإن كان الورثة جاهلين بقدر المال عند إذنهم له بالقراض ففيه وجهان مخرجان من وجهين نذكرهما من بعد:

أحدهما: أن القراض باطل، لأنه معقود بمال مجهول.

والوجه الثاني: أن القراض صحيح لأنه مبتدأ بعقد صحيح.

وإن كان مال القراض عند موت ربه عرضاً فللعامل بيعه من غير استئذان الورثة، ولا يجوز أن يشتري بثمنه شيئاً من غير إذن الورثة، لأن البيع من حقوق العقد الماضي وليس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف.

فإن أذن له الورثة في المقام على قراض أبيهم:

فإن كان بعد بيعه للعرض فقد صار الثمن ناضاً فيكون كإذنهم له بالقراض والمال ناض وإن كان قبل بيع العرض ففي جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان المذكوران:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن القراض باطل، لأن عقده بالعرض باطل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن القراض جائز لأنه استصحاب لعقد جائز.

فصل: وإن كان الميت منهما هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ولا يشتري سواء أكان المال ناضاً أو عرضاً.

والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن الوارث وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه إلا بإذن رب المال: إن عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على

التصرف في المال سواء كان المال لربه أو لوارثه، وما أوجب ائتمان وارث العامل في المال لا مع ربه ولا مع وارثه.

وإذا كان كذلك نظر في المال، فإن كان ناضاً استرجع رب المال رأس ماله واقتسما ربحاً إن كان فيه، فلو أذن رب المال لوارث العامل في المقام على القراض صح إن كانا عالمين بقدر المال ويبطل إن كانا جاهلين بقدره وجهاً واحداً.

والفرق بين هذا حيث بطل بجهالة القدر وبين أن يموت رب المال فيصح القراض بإذن وارثه للعامل ولا يبطل بجهالة القدر في أحد الوجهين:

إن المقصود في القراض المال من جهة ربه، والعمل من جهة العامل، فإن مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقياً فجاز استصحاب العقد المتقدم لبقاء مقصوده، ولم يبطل بحدوث الجهالة فيه، وإذا مات العامل فقد فات أحد المقصودين، ولم يمكن استصحاب العقد المتقدم، وكان استئناف عقد مع وارثه فبطل بحدوث الجهالة فيه. وإن كان مال القراض عند موت العامل عرضاً لم يجز لوارثه أن ينفرد بيع العرض من غير إذن ربه لما ذكرنا.

فإذا أذن له باعه، واقتسما بعد رد رأس المال الفضل إن كان فيه، ولو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل، فإن كان بعد بيع العرض، والعلم بقدر ثمنه صح، وإن كان العرض باقياً أو ثمنه مجهولاً بطل وجهاً واحداً لما ذكرنا من الفرق والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَبِيعِ مَا كَانَ فِي يَدَيْهِ مَعَ مَا كَانَ مِنْ ثِيَابٍ أَوْ أَدَاةِ السَّفَرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا قَلَّ أَوْ كَثُرَ فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ كَانَ لِوَارِثِهِ وَإِنْ كَانَ خُسْرَانٌ كَانَ ذَلِكَ.»

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا بطل القراض بموت أحدهما وجب بيع كل ما كان من مال القراض من عرض للتجارة أو أداة للسفر. قال الشافعي: مع ما كان من ثياب فتمسك بذلك من ذهب من أصحابنا إلى أن للعامل أن ينفق على نفسه في سفره من مال القراض لأنه لو لم يشتر ثياب سفره من مال القراض لم يجز بيعها في القراض. وهو لعمري يجوز التمسك به.

وقد تأوله من ذهب إلى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة، أو اشتراها لنفسه وهي غير مختصة بسفره.

فإذا بيع جميع ما وصفنا فلا يخلو ما حصل من ثمن جميعه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر رأس المال من غير زيادة عليه ولا نقصان منه، فلرب المال أن يأخذه كله ولا حق للعامل فيه لعدم ربحه.

والقسم الثاني: أن يكون أكثر من رأس المال، فلرب المال أن يأخذ رأس ماله ثم العامل شريكه في ربحه على مقتضى شرطه في عقده من نصف أو ثلث أو ربع.

فلو تلف بعض المال بعد أن صار ناضاً نظر فيه:

فإن كانا قد عينا حق العامل منهما فيه كان التالف منه تالفاً منهما بالحصص، وإن لم يكونا قد عينا حق العامل فيه فالتلف منه تالف من الربح وحده لأن الربح قبل أن يتعين ملك العامل له مرصد لجبران رأس المال.

والقسم الثالث: أن يكون أقل من رأس المال إما بخسران قد حصل في المال أو لحادث أتلف شيئاً منه، فيكون ذلك عائداً على رب المال دون العامل لأن الربح يعود عليهما والخسران مختص برب المال منهما.

فإن قيل فهلا كان الخسران عليهما كما كان الربح لهما؟

قيل: هما في الحكم سواء وإن عاد الخسران على رب المال، لأنه الخسران يعود إليه إلى ما تناوله عقد القراض منهما، والقراض إنما تناول عملاً من جهة العامل، ومالاً من جهة رب المال، فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله، وعلى رب المال بذهاب ماله.

فعلى هذا لو شرطا في عقد القراض تحمل العامل للخسران كان القراض باطلاً لاشتراطهما خلاف موجبه.

فصل: فأما إذا شرطا جميع الربح لأحدهما فهما مسألتان:

أحدها: أن يشترطا جميع الربح لرب المال. **والثانية:** أن يشترطا جميع الربح للعامل. فأما إن اشترطا جميع الربح لرب المال نظر فيه.

فإن لم يقل رب المال عند دفعه أنه قراض، ولكنه قال خذه فاشتر به وبع ولي جميع الربح فهذه استعانة بعمله وليس بقراض والعامل متطوع بعمله فيه وجميع الربح لرب المال ولا أجرة للعامل في عمله.

وإن قال خذه قراضاً على أن جميع الربح لي فهذا قراض فاسد، وجميع الربح لرب المال، وفي استحقاق العامل أجرة مثله وجهان:

أحدهما: وهو قول المزني أنه لا أجرة له، لأنه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله.

والوجه الثاني: وهو قول ابن سريج أن له أجرة مثله لعمله في قراض فاسد، فصار كالمنكوحة على غير مهر تستحق مع الرضا بذلك مهل المثل.

وأما إن شرطا جميع الربح للعامل فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول رب المال خذه قراضاً على أن جميع الربح لك فهذا قراض فاسد، وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد. وللعامل أجرة مثله لدخوله على عوض لم يحصل له.

والضرب الثاني: أن يقول خذه على أن جميع ربحه لك، ولا يصرح في حال الدفع بأنه قراض ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنه يكون قرضاً وسلفاً ولا يكون قراضاً لأنه غير منطوق به، فعلى هذا يكون ضامناً للمال وجميع الربح له.

والوجه الثاني: أنه يكون قراضاً فاسداً، ولا يكون قرضاً ولا سلفاً لأنه غير منطوق به، فعلى هذا لا يكون ضامناً للمال، ويكون جميع الربح لرب المال وللعامل أجرة المثل.

فصل: وإذا دفع رب المال ألفي درهم قراضاً، فتلف أحد الألفين في يد العامل وبقي ألف فلا يخلو حال تلفها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل بها فهذا يكون رأس المال فيه الألف الباقية، ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتلف قبل التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضاً.

والقسم الثاني: أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها وباع ثم تلفت من ثمن ما باع فيكون رأس المال كلا الألفين، ويلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتصرف الكامل قد صارت قراضاً.

والقسم الثالث: أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها عرضاً وتلف العرض قبل بيعه ففيه وجهان:

أحدهما: أنها قراض لتلفها بعد التصرف بها في الابتياع فعلى هذا يكون رأس المال ألفي درهم، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف لأنها قد صارت قراضاً.

والوجه الثاني: أن الألف التالفة لا تصير قراضاً لتلفها قبل كمال التصرف ببيع ما اشترى بها.

فعلى هذا يكون رأس المال ألف درهم، ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها لم تصر قراضاً.

فصل: فإذا دفع رب المال ألف درهم قراضاً، فاشترى العامل بها عروضاً ثم تلفت الألف قبل دفعها ثمناً فلا يخلو حال الشراء من أمرين:

أحدهما: أن يكون بعين الألف فيكون الشراء باطلاً لأن تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع، فعلى هذا قد بطل القراض ويسترجع البائع عرضه.

والثاني: أن يكون الشراء في ذمة العامل، ولم يعقده على عين الألف ففي الشراء وجهان:

أحدهما: يكون للعامل لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء مصروفاً إليه، وهذا على الوجه الذي يقول منه إن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض.

والوجه الثاني: أن الشراء يكون في القراض لأنه معقود له، وهذا على الوجه الذي يقول إن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع داخل في القراض.

فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفاً ثانية تصرف في ثمن العرض يصير رأس المال ألفي درهم، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة، فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها في ثمن العرض لزم رب المال أن يدفع ألفاً ثالثة ويصير رأس المال ثلاثة آلاف درهم، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين.

فصل: وإذا دفع رب المال ألف درهم قراضاً، ثم دفع بعدها ألف درهم أخرى قراضاً فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينهاه عن خلط الألف الثانية بالألف الأولى فهذا جائز، ويكون كل ألف منهما قراضاً مفرداً، سواء كان ما شرطاه من ربحيهما واحداً أو مختلفاً ويمنع من خلطهما للشرط ولاختلافهما في العقد.

والقسم الثاني: أن يأمره بخلط الألف الثانية بالألف الأولى فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون شرط الربح منهما مختلفاً فلا يجوز لأن اختلاطهما يمنع من تميز ربحهما، ويكون القراض في الألف الثانية باطلاً.

فأما الألف الأولى فإن كان قد اشترى بها عرضاً لم يبطل القراض فيها لأن العقد بعد الشراء مستقر، وإن كانت بحالها لم يشتريها عرضاً بطل القراض فيها لأن العقد قبل الشراء بها غير مستقر.

والضرب الثاني: أن يكون شرط الربح منهما متفقاً، قال الشافعي رضي الله عنه فيما نقله البويطي إن كان ذلك قبل الشراء بالألف الأولى صح القراض فيها، وإن كان بعد الشراء صح في الأولى وبطل في الثانية. وهذا صحيح على ما ذكرناه من التعليل لأنه لما لم يشتر بالأولى عرضاً فالقراض فيها غير مستقر، فصارت الألفان قراضاً واحداً، وإذا اشترى بها

عرضاً فقد استقر القراض فيها وصارت الألف الثانية قراضاً ثانياً، وخلط أحد القراضين بالآخر غير جائز، لأنه لا يجوز أن يجبر أحد المالين بالآخر وهو باختلاطه غير متميز.

والقسم الثالث أن لا يأمره بخلطهما ولا ينهاه فينظر:

فإن كان شرط الربح مختلفاً فهما قراضان لا يجوز خلط أحدهما بالآخر ولا يلزمه أن يجبر خسران أحدهما بربح الآخر.

وإن كان شرط ربحهما متفقاً نظر:

فإن كان دفع الألف الثانية بعد الشراء بالألف الأولى كانا قراضين لا يجوز له خلط أحدهما بالآخر ولا يلزمه أن يجبر خسران أحدهما بربح الآخر.

وإن كان دفع الألف الثانية قبل الشراء بالألف الأولى فهما قراض واحد، ويجوز خلط إحدى الألفين بالأخرى ويلزمه أن يجبر خسران أحدهما بربح الآخر.

فصل: وإذا دفع ألفاً قراضا فعمل بها العامل وخسر مائة درهم، وأخذ رب المال منها مائة درهم ثم عمل العامل بالباقي فصارت ألفاً وخمسمائة وأرادا أن يعلما قدر رأس المال ليقتسما الربح فوجه العمل فيه أن يقال:

لما خسر في الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة درهم أحد عشر درهماً وتسعاً، فلما استرجع رب المال مائة تبعها قسطها من الخسران وهو أحد عشر درهماً وتسعاً وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين درهماً وثمانية أتساع درهم.

فلو كان قد خسر العامل مائتي درهم واسترجع رب المال مائة درهم صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين درهماً لأن قسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون درهماً ثم على هذا القياس

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ قَارَضَ الْعَامِلُ بِالْمَالِ آخَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ فَإِنْ رَبِحَ فَلِصَاحِبِ الْمَالِ شَطْرُ الرِّبْحِ ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ شَطْرُهُ فِيمَا يَبْقَى قَالَ الْمُزَنِيُّ هَذَا قَوْلُهُ قَدِيماً وَأَصْلُ قَوْلِهِ الْجَدِيدِ الْمَعْرُوفِ أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ فَاسِدٍ لَا يَجُوزُ وَإِنْ جُوِّزَ حَتَّى يُبْتَدَأَ بِمَا يَصْلُحُ فَإِنْ كَانَ اشْتَرَى بِعَيْنِ الْمَالِ فَهُوَ فَاسِدٌ وَإِنْ كَانَ اشْتَرَى بِغَيْرِ الْعَيْنِ فَالشِّرَاءُ جَائِزٌ وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرَانُ لِلْمُقَارِضِ الْأَوَّلِ وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ وَلِلْعَامِلِ الثَّانِي أَجْرُ مِثْلِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن العامل في القراض ممنوع أن يقارض غيره بمال القراض ما لم يأذن له رب المال إذناً صحيحاً صريحاً.

وقال أبو حنيفة: إن قال له رب المال عند دفعه: اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره، لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض به لأنه من رأيه، وهذا خطأ لأن قوله اعمل فيه برأيك يقتضي أن يكون عمله فيه موكولاً إلى رأيه، فإذا قارض به كان العمل لغيره، ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره فكذلك إذا قارض ببعضه.

فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال إلا بإذن صريح من رب المال فلا يخلو رب المال من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأذن له في العمل بنفسه، ولا يأذن له في مقارضة غيره.

والثاني: أن يأذن له في مقارضة غيره، ولا يأذن له في العمل بنفسه.

والثالث: أن يأذن له في العمل بنفسه وفي مقارضة غيره.

فأما القسم الأول وهو أن يأذن له في العمل بنفسه ولا يأذن له في مقارضة غيره فهو مسألة الكتاب.

فإن قارض غيره بالمال فقد تعدى وصار ضامناً للمال بعدوانه، وأنه كالغاصب فيكون حكمه فيما حصل له من الربح معتبراً بحكم الغاصب فيما حصل له في المال المغصوب من ربح.

والغاصب إذا اشترى بالمال المغصوب عرضاً وأفاد فيه ربحاً لم يخل عقد ابتياعه من أن يكون بعين المال أو بغير عينه.

فإن كان بعين المال فالشراء باطل، لأن العقد على المغصوب باطل، ومع بطلان الشراء يفوت الربح فلا يحصل للغاصب ولا للمغصوب منه.

وإن كان الشراء في ذمة الغاصب والثمن مدفوع من المال المغصوب فالشراء صحيح لثبوته في الذمة، والربح مملوك بهذا الابتياع لصحته.

وفي مستحقه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم وبه قال مالك أن الربح للمغصوب منه دون الغاصب. ووجه ذلك شيئان:

أحدهما: لما كان ما حدث عن المال المغصوب من ثمار ونتاج ملكاً لربه دون غاصبه

وجب أن يكون ما حدث عنه من الربح ملكاً لربه دون غاصبه لأنهما معاً نماء عن ملكه.

والثاني: أن كل سبب محظور توصل به إلى ملك مال، كان ذلك السبب المحظور مانعاً من ملك ذلك المال كميراث القاتل لما كان القتل محظوراً عليه منع من الميراث به لأنه لا يصير الميراث ذريعة إلى القتل. كذلك الغاصب لما كان الغصب محظوراً عليه منع من أن يملك الربح به لأنه لو ملك الربح بغصبه لصار ذريعة إلى الغصب ليرد المال بعد استفادة الربح، فهذا على وجه قوله في القديم.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد وبه قال أبو حنيفة أن الربح للغاصب دون المغصوب منه ووجه ذلك شيئان:

أحدها: أن كل نماء حدث عن سبب كان ملك ذلك النماء لمالك ذلك السبب، وربح المال المغصوب حادث عن التقلب والعمل دون المال فاقتضى أن يكون ملكاً لمن له التقلب والعمل دون من له المال وهو الغاصب دون المغصوب منه.

ألا ترى أن الثمار والنتاج لما كانت حادثة عن المال دون العمل كانت لمن له المال دون من له العمل وهو المغصوب منه دون الغاصب.

والثاني: أن الغاصب مأخوذ بمثل ما استهلك بغصبه، وهو إنما استهلك المال المغصوب دون الربح، فوجب أن يرد مثل المال المغصوب دون الربح.

فهذا توجيه قوله في الجديد.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من القولين في الغاصب فحكم العامل إذا قارض مبني عليهما لأنه بالقراض غاصب فيصير ضامناً للمال، وفي الربح قولان:

أحدهما: وهو القديم أن ربح المغصوب لرب المال، فعلى هذا قال المزني ها هنا إن لرب المال نصف الربح، والنصف الآخر بين العامل الأول والعامل الثاني.

واختلف أصحابنا في ذلك:

فكان أبو العباس بن سريج يقول: يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال لأنه ربح مال مغصوب فأشبه المغصوب من غير مقارضة، فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله رجع العامل الثاني على العامل الأول بأجرة مثله، لأنه هو المستهلك لعمله والعامل له بقراضه.

فلو تلف المال في يد العامل الثاني كان ربه بالخيار في الرجوع برأس ماله وجميع ربحه على من شاء من العامل الأول أو العامل الثاني لأن الأول ضامن بعدوانه والثاني ضامن بيده.

فإن أغرم الأول لم يرجع على الثاني بشيء لأنه أمينه فيما غرمه، وإن أغرم الثاني رجع على الأول بما غرمه مع أجرة مثل عمله.

ولا يلزم رب المال وإن أخذ جميع الربح أن يدفع إلى واحد من العاملين أجرة المثل لإجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة.

وذهب أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا إلى أن ما رواه المزني على هذا القول صحيح، وأن رب المال ليس له من الربح إلا نصفه بخلاف المأخوذ غصباً محضاً، لأن رب المال في هذا الموضع دفع المال راضياً بالنصف من ربحه وجاعلاً نصفه الباقي لغيره، فذلك لم يستحق منه إلا النصف.

فأما النصف الباقي فقد روى المزني أنه يكون بين العاملين.

واختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن هذا خطأ من المزني في نقله، ويجب أن يكون النصف الباقي من الربح للعامل الأول، ولا حق فيه للثاني لفساد عقده ويرجع على الأول بأجرة مثل عمله، فيجعل الربح بين رب المال والعامل الأول، ويجعل للثاني أن يرجع بأجرة مثله على الأول.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن نقل المزني صحيح، ويكون النصف الباقي من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما، لأنه لما جرى على العامل الأول حكم القراض مع رب المال، جرى على العامل الأول حكم القراض مع العامل الثاني فصار النصف الباقي بينهما على سواء، ولا شيء للعامل الثاني على الأول فيما أخذه رب المال من نصف الربح، لأنه باستحقاق رب المال بألف منهما، ويصيرا كأنه لا ربح لهما إلا النصف الباقي، فهذا حكم قوله في القديم.

والقول الثاني: وهو الجديد أن ربح المال المغصوب للغاصب، فعلى هذا لا شيء لرب المال في الربح، وله مطالبة أي العاملين شاء برأس ماله لأن كل واحد منهما ضامن، أما الأول فبعدوانه، وأما الثاني فبيده.

فأما الربح فقد قال المزني: يكون للعامل الأول، وعليه للثاني أجرة مثله. واختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو محكي أن المزني مخطىء في نقله، و الربح كله للعامل الثاني دون الأول لأنه إذا صار الربح تبعاً للعمل، وبطل أن يكون تبعاً للمال وجب أن يكون للثاني الذي له العمل دون الأول الذي ليس له عمل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن المزني مصيب في نقله والربح للعامل الأول دون الثاني، وللثاني عليه أجرة المثل لأنه اشتراه في قراض فاسد، والعامل في القراض الفاسد لا يملك ربحه وإن فسد قراضه لأنه اشتراه لغيره وإنما يستحق بفساد العقد أجرة مثله كمن استأجر أجيراً ليصيد له ويحتش إجارة فاسدة، فصاد الأجير واحتش كان الصيد والحشيش للمستأجر دون الأجير لأنه فعل ذلك لمستأجره لا لنفسه ويرجع عليه بأجرة مثله.

فهذا حكم قوله في الجديد.

فتخرج في الربح على ما شرحنا من حكم القولين خمسة مذاهب:

أحدها: أن جميع الربح لرب المال ولا شيء فيه للعاملين، وهذا مذهب أبي العباس بن سريج على قوله في القديم.

والثاني: أن نصف الربح لرب المال، والنصف الآخر للعامل الأول، وللعامل الثاني على العامل الأول أجرة مثله. وهذا مذهب أبي إسحاق المروزي على قوله في القديم.

والثالث: أن نصف الربح لرب المال، و النصف الباقي بين العاملين نصفين وهذا مذهب أبي علي بن أبي هريرة على قوله في القديم.

والرابع: أن الربح كله للعامل الثاني ولا شيء فيه لرب المال ولا للعامل الأول، وهذا مذهب محكي على قوله في الجديد.

والخامس: أن الربح كله للعامل الأول، ولا شيء فيه لرب المال ولا للعامل الثاني، بل يرجع بأجرة مثله على العامل الأول، وهذا مذهب أبي علي بن أبي هريرة على قوله في الجديد.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن يأذن له في مقارضة غيره، ولا يأذن له في العمل بنفسه، فهذا وكيل في عقد القراض مع غيره، فلم يجز أن يقارض نفسه، كالوكيل في البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه. ثم ينظر:

فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم يجز أن يعدل عنه إلى غيره، وإن لم يعينه اجتهد برأيه فيمن يراه أهلاً لقراضه من ذوي الأمانة والخبرة.

فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز، وإن قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان فيه: الخبرة والأمانة.

فإن عدل عما وصفنا فذلك ضربان:

أحدهما: أن يعدل إلى مقارضة نفسه.

والثاني: أن يعدل إلى مقارضة غير من عينه رب المال.

فإن عدل إلى مقارضة نفسه فعليه ضمان المال لأن ائتمانه على المال إنما كان على مقارضته على غيره لا على التجارة به، فصار لأجل ذلك متعدياً ضامناً، ولا حق له في ربح المال، ويكون جميع الربح لرب المال سواء قيل إن ربح المغصوب يكون لرب المال أو للغاصب، لأنه إن قلنا إنه للمغصوب منه فلا حق له فيه، وإن قلنا إنه للغاصب فقد صار بمقارضته نفسه مشترياً لرب المال، فلم يكن له مع القولين معاً حق في الربح.

ولا أجرة له على رب المال لأنه صار متطوعاً بعمل لم يؤمر به.

وإن عدل إلى مقارضة غير من عينه رب المال كان ضامناً للمال بعدوانه، وكان العامل فيه ضامناً له بيده، لأن من أقر يده على مال مضمون ضمنه، كمن استودع مالاً مغصوباً، ويكون جميع ربحه لرب المال قولاً واحداً لأن العامل ما اشترى لنفسه، ولا رجوع للعامل على رب المال بأجرة عمله، وهل يرجع بها على الوكيل الغارّ له أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قولين في الزوج المغرور ـ هل يرجع من غره بالذي غرمه.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يأذن له في العمل بنفسه، وفي مقارضة غيره فيكون بالخيار لمكان الإذن في العمل بنفسه وفي مقارضة غيره.

فإن عمل بنفسه صح وكان الربح مقسوماً بينهما على الشرط.

وإن قارض غيره كان وكيلاً في عقد القراض معه، وخرج من أن يكون عاملاً فيه ثم نظر في عقده للقراض مع غيره:

فإن جعل الربح فيه بين رب المال والعامل فيه ولم يشترط لنفسه شيئاً منه صح القراض، وكان الربح مقسوماً بينهما على الشرط.

وإن شرط لنفسه في الربح سهماً وجعل الربح بينه وبين رب المال والعامل أثلاثاً كان القراض فاسداً، لأن ربح القراض موزع على المال والعمل، وهو وكيل ليس له مال ولا عمل، فلا يكون له في الربح حق، وصار شرطه منافياً للعقد فبطل وصار العامل مضارباً في قراض فاسد، فوجب أن يكون الربح كله لرب المال وعليه للعامل أجرة مثله لجواز مقارضته، وإنما بطل العقد لفساد الشرط.

ولا ضمان على الوكيل ولا على العامل لأن كل واحد منهما غير متعد في المال، وإنما حصل التعدي في العقد.

فصل: فأما تعدي العامل في مال القراض من غير الوجه الذي ذكرنا فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون تعديه فيه لم يؤمر به مثل إذنه بالتجارة في الأقوات فيتجر في الحيوان، فهذا تعد يضمن به المال، ويبطل معه القراض، فيكون على ما مضى في مقارضة غيره بالمال.

والضرب الثاني: أن يكون تعديه لتغريره بالمال، مثل أن يسافر به ولم يؤمر بالسفر، أو يركب به بحراً ولم يؤمر بركوب البحر، فإن كان قد فعل ذلك مع بقاء عين المال بيده ضمنه، وبطل القراض بتعديه، لأنه صار مع تعديه في عين المال غاصباً.

وإن كان قد فعل ذلك مع انتقال عين المال إلى عروض مأذون فيها ضمنها بالتعدي ولم يبطل به القراض لاستقراره بالتصرف والشراء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ حَالَ عَلَى سِلْعَةٍ فِي الْقِرَاضِ حَوْلٌ وَفِيهَا رِبْحٌ فَفِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الزَّكَاةَ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ وَالرِّبْحِ وَحِصَّةِ رِبْحِ صَاحِبِهِ وَلَا زَكَاةَ عَلَى الْعَامِلِ لأَنَّ رِبْحَهُ فَائِدَةٌ فَإِنْ حَالَ الْحَوْلُ مُنْذُ قُوِّمَ صَارَ لِلْمُقَارِضِ رِبْحٌ زَكَّاهُ مَعَ الْمَالِ لِأَنَّهُ خَلِيطٌ بِرِبْحِهِ وَإِنْ رَجَعَتِ السِّلْعَةُ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ كَانَ لِرَبِّ الْمَالِ. وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّهَا تُزَكَّى بِرِبْحِهَا لِحَوْلِهَا لأَنَّهَا لِرَبِّ الْمَالِ وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ فِي الرِّبْحِ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يُسَلِّمَ إِلَى رَبِّ الْمَالِ مَالَهُ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ قَالَ لَوِ اشْتَرَى الْعَامِلُ أَبَاهُ وَفِي الْمَالِ رِبْحٌ كَانَ لَهُ بَيْعُهُ فَلَوْ مَلَكَ مِنْ أَبِيهِ شَيْئاً لِعَتَقَ عَلَيْهِ وَهَذَا دَلِيلٌ مِنْ قَوْلِهِ عَلَى أَحَدِ قَوْلَيْهِ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ رِبْحٌ قَبْلَ دَفْعِ الْمَالِ إِلَى رَبِّهِ لَكَانَ بِهِ شَرِيكاً وَلَوْ خَسِرَ حَتَّى لَا يَبْقَى أَلَّا قَدْرُ رَأْسِ الْمَالِ كَانَ فِيمَا بَقِيَ شَرِيكاً لأَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئاً زَائِداً مَلَكَهُ نَاقِصاً».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في كتاب الزكاة وصورتها أن يكون مال القراض ألف درهم، فيحول الحول عليها وقد صارت بربح التجارة ألفي درهم، ففي زكاتها قولان من اختلاف قولين في العامل، هل هو شريك في الربح؟ أو وكيل مستأجر بحصة من الربح؟.

فأحد القولين أنه وكيل مستأجر، وحصته من الربح أجرة يملكها بالقبض فعلى هذا تكون زكاة الألفين كلها على رب المال لكونه مالكاً لجميعها.

ويزكى الربح بحول الأصل لأنه نماء يتبع أصله في الحول ولرب المال أن يخرج الزكاة من المال إن شاء.

ومن أين يخرجها؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يخرجها من رأس المال، وأصله أنها وجبت في أصل المال والربح تبع، فعلى هذا قد بطل من القراض بقدر ما أخرجه في الزكاة.

والوجه الثاني: أنه يخرجها من الربح دون الأصل لأنها مؤونة فأشبهت سائر المؤن فعلى هذا لا ينفسخ بإخراجها شيء من القراض لبقاء الأصل.

والوجه الثالث: أنه يخرج من الأصل زكاته ومن الربح زكاته لأنها وجبت فيهما فلم يختص إخراجها بأحدهما.

فعلى هذا يبطل من القراض بقدر ما أخرج من زكاة الأصل دون الربح.

والقول الثاني: أن العامل شريك يضرب في الربح بسهم الملك.

فعلى هذا يجب على رب المال أن يخرج زكاة الأصل وحصته من الربح وذلك ألف وخمسمائة وفي محل إخراجها الوجوه الثلاثة.

ويجب على العامل أن يخرج زكاة حصته من الربح وذلك خمسمائة. وفي ابتداء حوله وجهان:

أحدهما: من حين ظهور الربح لحدوثه عن ملكهما.

والوجه الثاني: أنه من حين المحاسبة والفضل لأنه من حينئذ يعلم حال الربح.

وهو في الوجهين معاً يخالف رب المال الذي يزكي الربح بحول الأصل، لأن اجتماع النماء مع أصله يوجب ضمه إليه في حوله، وانفراده عنه يوجب إفراده بحوله.

ألا ترى أن النحال إذا كانت مع أمها زكيت بحول أمهاتها، ولو انفردت زكيت بحولها.

ثم هل يجوز للعامل أن يخرج زكاة حصته من مال القراض أم لا؟

على وجهين مخرجين من اختلاف قولين في الزكاة هل وجبت في الذمة أو في العين؟

أحدهما: يجوز كما يجوز لرب المال إخراجها من المال.

والثاني: لا يجوز، وإن جاز ذلك لرب المال.

والفرق بينهما: أن إخراج رب المال لها من المال يكون من أصل فجاز، وإخراج العامل لها من المال يكون من ربح فلم يجز والله أعلم.

فصل: فأما ثمار المساقاة إذا وجب العشر فيها فقد اختلف أصحابنا فيه:

فذهب بعضهم إلى أنه على قولين كزكاة المال: أحدهما يكون في حصة رب المال، والثاني في حصتيهما معاً، ويستويان في الأداء بها لأن العشر يجب في حقيهما ببدو الصلاح على سواء.

وقال آخرون منهم: أن العشر فيها مأخوذ منها معاً قولاً واحداً بخلاف زكاة المال في أحد القولين.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن رب المال لما اختص ببعض المال المزكى وهو الأصل اختص بتحمل الزكاة عن الكل.

وكما لم يختص رب المال بشيء من الثمرة لم يتحمل زكاة كل الثمرة.

والفرق الثاني: أن نصيب العامل من ربح المال غير مستقر لجواز أن يجبر به ما حدث من نقصان الأصل فلم تلزمه زكاته، ونصيبه من الثمرة مستقر لأن الباقي لهما، و التالف منها يلزمه زكاته والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمَتَى شَاءَ رَبُّ الْمَالِ أَخْذَ مَالَهُ وَمَتَى أَرَادَ الْعَامِلُ الْخُرُوجَ مِنْ الْقِرَاضِ فَذَلِكَ لَهُ».**

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة مستوفاة وذكرنا أن كل واحد من رب المال و العامل مخير بين المقام على القراض أو فسخه لأنه عقد جائز وليس بلازم، بخلاف المساقاة اللازمة، لأن الثمرة في المساقاة مؤقتة إلى مدة لو لم يلزم العقد فيها لفسخ رب المال بعد عمل العامل فيجمع لنفسه بين العمل والثمرة، ويخرج العامل بفوت العمل بغير ثمرة، فلذلك لزمت.

وليس القراض كذلك، لأن الربح فيه غير مؤقت بمدة، وقد يحصل بأقل عمل وبأقرب مدة، وإذا فسخ أمكن العامل استدراك عمله ببيع ما ابتاعه فلا يفوته ربحه فلذلك لم يلزم.

مسائل المزني

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَهَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى قَوْلِهِ وَقِيَاسِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «مِنْ ذَلِكَ لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ خُذْهَا فَاشْتَرِ بِهَا هُرَوِياً أَوْ مُرْوِياً بِالنِّصْفِ كَانَ فَاسِداً لِأَنَّهُ لَمْ يُبَيِّنْ فَإِنِ اشْتَرَى فَجَائِزٌ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ وَإِنْ بَاعَ فَبَاطِلٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ».**

قال الماوردي: وهذا ما قال.

إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال: اشتر بها هروياً أو مروياً بالنصف كان فاسداً باتفاق أصحابنا، وإنما اختلفوا في علة فساده على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن علة فساده أنه قال فاشتر بها هروياً أو مروياً فلم يبين أحد النوعين من

المروي أو الهروي ولم يجمع بينهما فجعله مشكلاً، والقراض إنما يصح بأن يعم جميع الأجناس أو يعين بأحد الأجناس.

والثاني: وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة أن علة فساده أنه قال بالنصف ولم يبين النصف هل يكون لرب المال أو للعامل؟ قال واشتراطه نصف الربح لنفسه مبطل للقراض ما لم يبين نصف العامل، واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل للقراض، فصار القراض بهذا القول متردداً بين الصحة والفساد فبطل.

والثالث: وهو اختيار أبي إسحاق المروزي أنه بطل بقوله فاشتر ولم يقل وبع، والقراض إنما يصح بالشراء والبيع فلذلك بطل.

فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في علة فساده فإن اشترى كان الشراء جائزاً لأنه مأمور به وله أجرة مثله، وإن باع كان البيع باطلاً لأنه غير مأمور به.

فصل: وإذا قال خذ هذا المال قراضاً ولم يزد على ذلك كان قراضاً فاسداً للجهل بنصيب كل واحد منها من الربح إلا أن شراء العامل وبيعه جائز لأنه أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعامل أجرة مثله.

وحكي عن أبي العباس بن سريج أن القراض جائز، ويكون الربح بينهما نصفين لأن ذلك هو الغالب من أحوال القراض فحمل إطلاقه عليه. وهذا المحكي عنه غير صحيح لأنه لو جاز ذلك في إطلاق القراض لجاز مثله في البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولاً على ثمن المثل وهو القيمة وكذلك في الإجارة وكل العقود.

فأما إذا قال خذ هذا المال فاشتر به وبع ولم يزد عليه فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يكون قراضاً صحيحاً، ويصح شراء العامل وبيعه.

وهل يكون قراضاً فاسداً أو معونة؟ على وجهين:

أحدهما: يكون استعانة بعمله كما لو قال: اشتر وبع على أن جميع الربح لي، فعلى هذا لا أجرة للعامل في عمله.

والوجه الثاني: أنه يكون قراضاً فاسداً لأنه الأغلب من حال أمره وحال قوله على أن جميع الربح لي لما فيه من التصريح بأن لا شيء له فيه، فعلى هذا يكون للعامل أجرة مثله سواء حصل في المال فضل أو لم يحصل.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَإِنْ قَالَ خُذْهَا قِرَاضاً أَوْ مُضَارَبَةً عَلَى مَا شَرَطَ فُلانٌ مِنَ الرِّبْحِ لِفُلانٍ فَإِنْ عَلِمَا ذَلِكَ فَجَائِزٌ وَإِنْ جَهِلاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا فَفَاسِدٌ.

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا دفع المال قراضاً من غير أن يسمي في الربح قدراً وجعله محمولاً على مثل ما قارض به زيد عمراً فإن علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما لأنهما عقداه بمعلوم من الربح، إذ لا فرق بين قوله على أن الربح بيننا نصفين وبين قوله على مثل ما قارض به زيد عمراً وقد علما أنهما تقارضا على أن الربح بينهما نصفين فلذلك صح القراض في الحالين.

وإن جهلا ما قارض به زيد عمراً كان القراض باطلاً لجهلهما بقدره، والجهالة بقدر الربح مبطلة للقراض.

فإن علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو لم يصح لوقوعه فاسداً.

وهكذا لو علمه أحدهما حال العقد وجهله الآخر لم يصح القراض لأن جهل أحد المتعاقدين بالعوض كجهلهما معاً به.

فلو قال خذه قراضاً على ما يقارض به زيد وعمرو كان باطلاً، لأن زيداً قد يقارض عمراً وقد لا يقارضه، وقد يقارضه على قليل أو كثير.

وهكذا لو قال: خذه قراضاً على ما يوافقك عليه زيد لم يجز للجهل بما يكون من موافقته.

وهكذا لو قال خذه قراضاً على أن لك من الربح ما يكفيك أو يقنعك لم يجز للجهل بكفايته وقناعته.

فإن اشترى وباع في هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه، وكان جميع الربح والخسران لرب المال وعليه، وللعامل أجرة المثل.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ قَارَضَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنَّ ثُلُثَ رِبْحِهَا لِلْعَامِلِ وَمَا بَقِيَ مِنَ الرِّبْحِ فَثُلُثُهُ لِرَبِّ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ لِلْعَامِلِ فَجَائِزٌ لأَنَّ الأَجْزَاءَ مَعْلُومَةٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا كان نصيب كل واحد من رب المال والعامل معلوماً صح به القراض وإن بعد وطال، فإذا قال رب المال للعامل، لك ثلث الربح، وما بقي فلي ثلثه وثلثاه لك صح القراض وكان للعامل سبعة أتساع الربح، ولرب المال تسعان لأن مخرج الثلاثة تسعة، وهو مضروب ثلاثة في ثلاثة، فيكون للعامل بالثلث من التسعة ثلاثة، ثم بثلثي ما بقي من التسعة أربعة فيصير الجميع سبعة أتساع، ويبقى لرب المال تسعان.

غير أننا نستحب لهما أن يعدلا عن هذه العبارة الغامضة إلى ما يعرف على البديهة من أول وهلة، لأن هذه عبارة قد توضع للإخفاء والإغماض كما قال الشاعر:

لَكَ الثُّلُثَانِ مِنْ قَلْبِي ‏ ‏ ‏ وَثُلُثَا ثُلْثِهِ الْبَاقِي
وَثُلْثَا ثُلْثِ مَا يَبْقَى ‏ ‏ ‏ وَثُلْثُ الثُّلْثِ لِلسَاقِي
وَتَبْقَى أَسْهُمٍ سِتٌّ ‏ ‏ ‏ تُفَرَّقُ بَيْنَ عُشَّاقِي

فانظر إلى هذا الشاعر وبلاغته وتحسين عبارته، كيف أغمض كلامه، وقسم قلبه، وجعله مجزءاً على أحد وثمانين جزءاً هي مضروب ثلاثة في ثلاثة في ثلاثة في ثلاثة ليصح منها مخرج ثلث ثلث الثلث الباقي، فجعل لمن خاطبه أربعة وسبعين جزءاً من قلبه، وجعل للساقي جزءاً، وبقي ستة أجزاء يفرقها فيمن يحب.

وليس للإغماض في معاوضات العقود وجه يرتضى ولا حال تستحب غير أن العقد لا يخرج به عن حكم الصحة إلى الفساد، ولا عن حال الجواز إلى المنع لأنه قد يؤول بهما إلى العلم، ولا بجهل عند الحكم.

وهكذا لو قلب رب المال شرطه، فجعل لنفسه ثلث الربح، وثلثي ما يبقى وجعل الباقي للعامل صح، وكان له سبعة أتساعه، وللعامل تسعان.

فلو قال لي ربع الربح وثلاثة أرباع ما بقي ولك الباقي صح، وكان الربح مقسوماً على ستة عشر سهماً هي مضروبة أربعة في أربعة، فيكون لرب المال منها اثنا عشر سهماً، وللعامل أربعة أسهم.

ولو قال لي ثلث الربح وثلاثة أرباع ما بقي ولك الباقي صح، وكان الربح مقسوماً على اثني عشر سهماً هي مضروب ثلاثة في أربعة، ثم يرجع بأنصافها إلى ستة يكون لرب المال منها خمسة أسهم، وللعامل سهم واحد.

فصل: القول في حصة أحدهما من الربح

إذا بين رب المال للعامل حصة أحدهما من الربح دون الآخر فذلك ضربان:

أحدهما: أن يصرح بذكر القراض عند الدفع، **والثاني**: ألا يصرح بذكره.

فإن لم يصرح بذكر القراض فلا يخلو من أن يبين نصيب نفسه أو نصيب العامل فإن بين نصيب نفسه فقال: خذ هذا المال فاشتر به وبع على أن لي نصف الربح كان حراماً فاسداً لأن له جميع الربح فلم يكن في ذكر بعضه بيان.

فإن بين نصيب العامل فقال على أن لك نصف الربح ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح ويكون قراضاً فاسداً كما لو بين نصيب نفسه للجهل بحكم الباقي.

والوجه الثاني: أنه يكون قراضاً صحيحاً، ويكون كما لو بين باقي الربح لنفسه لأنه

يستحق كل الربح بالملك، فإذا استثنى منه النصف للعامل ثبت أن الباقي له النصف.

وأما الضرب الثاني: وهو أن يصرح بذكر القراض في عقده: فلا يخلو من أن يبين نصيب العامل أو نصيب نفسه.

فإن بين نصيب العامل فقال خذ هذا المال قراضاً على أن لك نصف الربح صح القراض وجهاً واحداً لأن باقي الربح بعد استثناء النصف منه إن حمل على حكم المال كان لربه، وإن حمل على حكم القراض فهو بمثابته.

وإن بين نصيب نفسه فقال خذه قراضاً على أن لي نصف الربح ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه يجوز حملاً على موجب القراض في اشتراكهما في الربح، فصار البيان لنصيب أحدهما دالاً على أن الباقي للآخر.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن القراض باطل لأنه ذكر لنفسه بعض الربح الذي هو مالك لجميعه، فلم يكن فيه بيان لما بقي.

فعلى هذين الوجهين: لو قال خذه قراضاً على أن لي نصف الربح ولك ثلث بطل على قول أبي إسحاق وأبي علي للجهل بحكم السدس الباقي، وصح فيه قول أبي العباس، وكان السدس المغفل ذكره لرب المال مضموماً إلى النصف.

فصل: ولو قال خذ هذه الألف قراضاً على أن الربح بيننا، فعلى قول أبي العباس القراض جائز، ويكون بينهما نصفين، وعلى قول غيره من أصحابنا يكون باطلاً لأنه قد يكون متفاضلاً ومتساوياً فصار ذلك جهلاً بحصصهما.

فصل: ولو قال خذ هذا الألف قراضاً ولك ربح نصفها لم يجز، ولو قال لك نصف ربحها جاز.

والفرق بينهما أنه إذا جعل له ربح نصفها صار منفرداً بربح أحد النصفين من غير أن يكون لرب المال فيه حق وعاملاً في النصف الآخر من غير أن يكون له فيه حق، وهذا خارج عن حكم القراض، وليس كذلك إذا كان له نصف الكل.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ قَارَضَهُ عَلَى دَنَانِير فَحَصَلَ فِي يَدَيْهِ دَرَاهِم أَوْ عَلَى دَرَاهِمَ فَحَصَلَ فِي يَدَيْهِ دَنَانِير فَعَلَيْهِ بَيْعُ مَا حَصَلَ حَتَّى يَصِيرَ مِثْلَ مَا لِرَبِّ الْمَالِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقد ذكرناه.

وأن رد رأس المال في مثل جنسه وصفته واجب على العامل، فإذا كان رأس المال

دراهم فحصل معه دنانير فعليه بيع الدنانير بالدراهم حتى يحصل معه رأس المال إذ لا فرق ورأس المال دراهم بين أن يكون المال عرضاً أو دنانيراً لأنهما معاً من غير جنس رأس المال.

فلو حصل في مال القراض من الدراهم بقدر رأس المال، وكان باقيه من الربح عرضاً لم يلزم العامل بيعه لأن رب المال قد وصل إلى رأس ماله، وكانا شريكين في الربح من العرض، ولا يلزم واحد منهما بيعه إلا بالتراضي عليه، وكان حكمهما في قسمته على ما يوجبه حال ذلك العرض من قسمته جبراً أو صلحاً أو البيع منهما جبراً أو صلحاً.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا دَفَعَ مَالاً قِرَاضاً فِي مَرَضِهِ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ أَنِ اشْتَرَى وَبَاعَ وَرَبِحَ أَخَذَ الْعَامِلُ رِبْحَهُ وَاقْتَسَمَ الْغُرَمَاءُ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. يجوز للمريض أن يدفع مالاً قراضاً لما فيه من تثمير ماله، وسواء قارض العامل على تساو في الربح أو تفاضل، وكان أقلهما سهماً أو أكثر، ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث لأنه بيسير الربح واصل إلى ما لم يكن واصلاً إليه لو كف عن القراض.

وهكذا الخلاف فيمن أجر داراً بأقل من أجرة المثل لأنه قد كان مالكاً للمنفعة فإذا عاوض عليها في مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف ملكه، فكان معتبراً في الثلث وليس رب المال مالكاً لربح المال الذي صار إلى بعضه فلذلك كان من رأس المال والله أعلم.

فأما المريض إذا ساقى على نخلة في مرضه بأقل السهمين من الثمرة ودون مساقاة المثل في العادة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه من رأس المال أيضاً لأنه لم يكن مالكاً للثمرة حين ساقى كما لم يكن مالكاً للربح حين قارض.

والوجه الثاني: أن ما نقص من سهمه في مساقاة المثل محاباة يعتبر في الثلث، والفرق بينها وبين القراض أن ثمرة النخل في المساقاة قد تحصل بغير عمل وربح المال في القراض لا يحصل إلا بعمل.

فصل: فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال في قليل الربح وكثيره، تولى رب المال إن كان حياً محاسبة العامل، واستوفى منه الأصل وحصة الربح، وإن مات قام غيره مقامه في محاسبة العامل، واستيفاء الحقين من أصل وربح.

فإن مات مفلساً وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من ربح المال على سائر

الغرماء لأنه إن كان شريكاً فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته، وإن كان أجيراً فحقه متعلق بعين المال كالمرتهن، والمرتهن لا يزاحمه الغرماء في رهنه.

وكذا لو أخذ المريض مالاً قراضاً صح وإن كان بأقل السهمين من الربح، وكان من رأس المال، لأن قليل الربح كسب وليس بإتلاف.

فصل: يجوز لولي اليتيم وأب الطفل أن يدفع من ماله قراضاً إذا رأى ذلك حظاً وصلاحاً لما فيه من تثمير المال، ولا يجوز للولي أن يأخذ القراض لنفسه لأن الولي لا يجوز أن يعاقد بمال اليتيم مع نفسه، ويجوز للأب أن يفعل ذلك.

ولو أذن السيد لعبده في التجارة لم يكن له أن يقارض بالمال لأن تصرف العبد مقصور على إذن سيده، ولا للعبد أن يأخذ مالاً قراضاً لأن الإذن مقصور على التجارة بمال سيده.

فأما السفيه فلا يصح معه عقد القراض لا عاملاً ولا ذا مال لفساد عقوده.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ اشْتَرَى عَبْداً وَقَالَ الْعَامِلُ اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِي بِمَالِي وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ بَلْ فِي الْقِرَاضِ بِمَالِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ لأَنَّهُ فِي يَدِهِ وَالآخَرُ مُدَّعٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَإِنْ قَالَ الْعَامِلُ اشْتَرَيْتُهُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ بَلْ لِنَفْسِكَ وَفِيهِ خُسْرَانٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ لأَنَّهُ مُصَدَّقٌ فِيمَا فِي يَدَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا كان بيد العامل عبد قد ظهر في مثله فضل، فادعى رب المال أنه مشترى من مال القراض، وقال العامل بل اشتريته لنفسي، أو قال العامل وفي العبد خسران انني اشتريته من مال القراض، وقال رب المال بل اشتريته لنفسك فالقول في الحالين قول العامل مع يمينه ما لم يكن لرب المال بينة بخلافه، لأن للعامل أن يشتري لنفسه وللقراض، ولا يتميز ما بين العقدين إلا ببينة فلزم الرجوع إلى قوله، فإن أقام رب المال بينة بخلافه فهي ممكنة على إقراره، ونحكم بها عليه.

فأما البينة على عقده أنه عقد بعين مال القراض ففيها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها مسموعة يحكم بها عليه لأن العقد على عين مال القراض لا يكون إلا في القراض.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي أن البينة بذلك غير مسموعة لاحتمال أن ينوي بالعقد على العين أن يكون لنفسه فيبطل ولا يكون في مال القراض.

فصل: وإذا اختلف رب المال والعامل في قدر ما شرطاه من الربح، فقال رب المال شرطت لك ثلث الربح وباقيه لي، وقال بل شرطت لي ثلثي الربح وباقيه لك فإنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان.

وقال أبو حنيفة القول قول رب المال مع يمينه، وهذا فاسد لأنهما اختلفا في صفة عقد فلم يترجح قول أحدهما على الآخر، ووجب أن يتحالفا كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا.

فصل: وإذا اختلف رب المال والعامل في قدر رأس المال فقال العامل هو ألف درهم، وقال رب المال بل هو ألفان، فإن لم يكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه، وإن كان في المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله، مثل أن يدعي العامل وقد أحضر ألفي درهم أن أحد الألفين رأس مال وليس فيها ربح ففيه لأصحابنا وجهان، وعن أبي حنيفة روايتان مخرجتان من اختلاف قولين في العامل ـ هل هو وكيل أو شريك؟

أحدهما: أن القول قول رب المال إذا قيل إن العامل وكيل مستأجر، وهذا قول زفر بن الهذيل.

والثاني: أن القول قول العامل إذا قيل إنه شريك مساهم، وهذا قول محمد بن الحسن، وهو أصح الوجهين في اختلافهما لأن قوله نافذ فيما بيده فعلى هذا الوجه لو أحضر ثلاثة آلاف درهم، وذكر أن رأس المال منها ألف والربح ألفان، وقال رب المال رأس المال منها ألفان والربح ألف حكم بقول العامل واقتسما الألفين ربحا، وجعل رأس المال ألفاً.

فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف درهم رأس المال منها ألف، والربح ألف والألف الثالثة لي أو وديعة في يدي، أو دين علي في قراض، وادعاها رب المال ربحاً، فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده.

مسألة: «وَلَوْ قَالَ الْعَامِلُ اشْتَرَيْتُ هَذَا الْعَبْدَ بِجَمِيعِ الأَلْفِ الْقِرَاضِ ثُمَّ اشْتَرَيْتُ الْعَبْدَ الثَّانِي بِتِلْكَ الأَلْفِ قَبْلَ أَنْ أَنْقُدَ كَانَ الأَوَّلُ فِي الْقِرَاضِ وَالثَّانِي لِلْعَامِلِ وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

ليس للعامل أن يشتري في القراض بأكثر من مال القراض، فإذا كان مال القراض ألفاً فاشترى بالعبد ألفاً منع من شراء غيره في القراض لأن ما اشتري في القراض مقدر بمال القراض.

فإن اشترى عبداً ثانياً بألف ثانية قبل نقد الألف الأولى في العبد الأول كان عليه أن يدفع الألف التي بيده في العبد الأول سواء كان اشتراه بعينها أو بغير عينها، ثم ينظر في العبد الثاني:

فإن كان اشتراه بعين تلك الألف المستحقة في العبد الأول كان شراؤه باطلاً لاستحقاقها في غيره.

وإن لم يشتر بعين تلك الألف كان الشراء لازماً له لا القراض وعليه أن ينفذ عليه من ماله فإن فعل فلا ضمان عليه من مال القراض ولا عدوان عليه في شراء الثاني وإن فقد الألف الأولى في ثمن الثاني ضمنها، وعليه أن يدفع من ماله ألفاً مثلها في ثمن الأول ويبرأ بدفعها إلى البائع الأول من ضمانها لرب المال لأن دفعها مستحق عليه لعقد القراض الذي هو من جهة رب المال، فصار كأنه دافع لها بإذن رب المال، ثم القراض في العبد الأول على صحته لأن تعدي العامل في ثمنه المستحق لبائعه لم يخرجه من مال القراض.

وإذا اشترى العامل في مال القراض عبداً فقتل في يده فإن كان القتل خطأ أخذت القيمة من قاتله، وكانت في مال القراض.

وإن قتل عمداً فلرب المال والعامل أربعة أحوال:

أحدها: أن يجتمعا على أخذ قيمته، فذلك جائز لهما، والقراض بحاله فيما أخذاه من قيمته.

والحالة الثانية: أن يجتمعا على القصاص من قاتله فذلك لهما ويكون ذلك محسوباً على رب المال من رأس ماله، ويبطل القراض فيه، سواء ظهر في المال ربح بقدر قيمته أم لا، كما لو أمر رب المال بشراء ابنه كان ثمن ابنه من رأس ماله خارجاً من القراض، ولا يلزم العامل في حصته شيء من قيمته.

والحالة الثالثة أن يدعو العامل إلى القصاص من قاتله ويمتنع رب المال منه فالقول قول رب المال أوليس للعامل استهلاك ماله عليه، فإن بذل له العامل ثمنه ليقتص من قاتله لم يلزم رب المال الإجابة إليه، وكان ذلك عفواً من رب المال عن القصاص.

والحالة الرابعة: أن يدعو رب المال إلى القصاص من قاتله ويمتنع العامل. فإن لم يظهر في ثمنه فضل عند قتله فلا حق للعامل في منع رب المال من القصاص كما أنه لا حق له في قيمته من ربح.

فإذا اقتص رب المال منه كان ثمنه محسوباً عليه من رأس ماله وبطل فيه القراض، وإن كان في ثمنه فضل فهل يسقط القصاص عن قاتله بعفو العامل أم لا؟ على وجهين من اختلاف قولين في العامل - هل هو شريك أو وكيل؟

أحدهما: أنه يسقط عنه القصاص إذا قيل إنه شريك في فضل ثمنه كما يسقط القصاص بعفو بعض الأولياء.

والثاني: أن القصاص لا يسقط إذا قيل إنه وكيل، لكن له مطالبة رب المال بحصته من فاضل ثمنه، ورب المال على حقه في الاقتصاص من قاتله.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ نَهَى رَبُّ الْمَالِ الْعَامِلَ أَنْ يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ وَفِي يَدَيْهِ عَرَضٌ اشْتَرَاهُ فَلَهُ بَيْعُهُ وَإِنْ كَانَ فِي يَدَيْهِ عَيْنٌ فَاشْتَرَى فَهُوَ مُتَعَدٍّ وَالثَّمَنُ فِي ذِمَّتِهِ والرِّبْحُ لَهُ وَالْوَضِيعَةُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ اشْتَرَى بِالْمَالِ بِعَيْنِهِ فَالشِّرَاءُ بَاطِلٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ وَيَتَرَادَّانِ حَتَّى تَرْجِعَ السِّلْعَةُ إِلَى الاوَّلِ فَإِنْ هَلِكَتْ فَلِصَاحِبِهَا قِيمَتُهَا عَلَى الْأَوَّلِ وَيَرْجِعُ بِهَا الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي وَيَتَرَادَّانِ الثَّمَنَ الْمَدْفُوعَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

فقد ذكرنا إن الشراء بمال القراض موقوف على خيار مالكه، والبيع حق للعامل فإذا منع رب المال من الشراء، لم يكن للعامل أن يشتري، فإن اشترى بعين المال بطل، وصار ضامناً للثمن بدفعه، والبائع ضامن له بقبضه، ورب المال مخير في مطالبة من شاء منهما.

فإن أغرم العامل رجع العامل به على البائع، ورجع البائع عليه بسلعته إن كانت باقية أو بقيمتها إن كانت تالفة.

وإن أغرم البائع لم يرجع البائع بغرامة الثمن، ورجع بسلعته إن بقيت وبقيمتها إن تلفت.

وإن كان العامل عند نهي رب المال عن الشراء قد اشترى في ذمته صح الشراء له لا في مال القراض، ومنع من دفع ثمنه من مال القراض، فإن دفعه منه ضمنه كما قلنا لو عينه.

فأما بيع ما بدل العامل من عروض القراض فهو حق له لا يمتنع منه بمنع رب المال له بما يستحقه من فضل ثمنه الذي لا يحصل له إلا ببيعه.

فصل: فإذا سُرِق المال من يد العامل أو جحده إياه من عامل فهو برىء من ضمانه، وهل يكون خصماً في المطالبة به من غير توكيل من مالكه أم لا؟.

على وجهين: **أحدهما**: وهو قول أبي العباس بن سريج يكون خصماً فيه ووكيلاً في المطالبة لأن عقد القراض قد ضمنه.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثر من أصحابنا أنه لا يكون خصماً فيه ولا مستحقاً للمطالبة به إلا بتوكيل من ربه لخروجه بذلك عن عمل القراض وإنما عمل العامل مقصور على البيع والشراء.

وقول أبي العباس أشبه بالصواب لأن عقد القراض موجب على العامل استيفاء ماله وحفظ أصله، ألا تراه لو استرجع المال من سارقه، وقبضه من جاحده كان قراضاً بمتقدم عقده.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ الْعَامِلُ رَبِحْتُ أَلْفاً ثُمَّ قَالَ غَلِطْتُ أَوْ خِفْتُ نَزْعَ الْمَالِ مِنِّي فَكَذِبْتُ لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ وَلَمْ يَنْفَعْهُ رُجُوعُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا ذكر العامل أن الربح في القراض ألف، فطالبه بنصفها فزعم أنه أخطأ في الإقرار بها، أو خاف انتزاع المال من يده فكذب فيها، فإن علم رب المال بصدقه فيما قاله لم يمنعه مطالبته، وإن لم يعلم كان له مطالبته، والعامل راجع في إقراره فلم يقبل رجوعه.

فإن سأل العامل إحلاف رب المال أنه يستحق عليه ما كان أقر به من الربح فإن ذكر شبهة محتملة استحق بها إحلاف رب المال، وإن لم يذكر شبهه ففي إحلافه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبو علي بن خيران أن له إحلافه لإمكان قوله.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي ليس له إحلافه لما تقدم من إقراره. فأما إن ادعى العامل تلف الربح من يده كان قوله مقبولاً، وعليه اليمين إن كذبه رب المال لأنه أمين.

وهكذا لو ادعى أنه جبر بالربح خسراناً من بعد قبل قوله لاحتماله وعليه اليمين إن كذبه.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوِ اشْتَرَى الْعَامِلُ أَوْ بَاعَ بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ فَبَاطِلٌ وَهُوَ لِلْمَالِ ضَامِنٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن تصرف العامل في القراض موضوع لتثميره وتنميته، فيلزمه في بيوعه وأشربته شرطان:

أحد شرطي شرائه: أن يشتري ما يرجو منه فضلاً وربحاً إما في الحال أو في ثاني حال، فإن اشترى ما يعلم أن لا فضل فيه في الحال ولا في ثاني حال لم يجز لعدم الربح المقصود به.

والشرط الثاني: أن يكون الشراء إما مسترخصاً إن كان بيعه في الحال أو بثمن مثله إن كان يتوقع فيه ربحاً في ثاني حال.

فإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله نظر: فإن كان العين فيه يسيراً قد يتغابن الناس بمثله كان معفواً عنه لأن العقود لا تخلو غالباً منه. وإن كان كثيراً لا يتغابن الناس بمثله لم يجز، ثم ينظر في العقد:

فإن كان بعين المال بطل، وإن كان في الذمة كان الشراء لازماً لا في مال القراض.

وأما بيعه فبشرطين:

أحدهما: أن يتوقع به تناهي أسعاره المعهودة ليستكمل به الربح المقصود.

والشرط الثاني: أن يستوفي أوفر الأثمان الموجودة لأن بها محل بربح مقصود. فإن باعه بأقل من ثمن مثله نظر فيما غبن به:

فإن كان يسيراً قد يتغابن الناس بمثله كان معفواً عنه لأن العقود لا تخلو غالباً منه. وإن كان كثيراً لا يتغابن الناس بمثله لم يجز، وكان البيع باطلاً، ولا ضمان عليه ما لم يقبض، فإن قبض ضمن، وفي قدر ما يضمنه قولان ذكرناهما في غير موضع.

أحدهما: وهو أصحهما أنه يضمن جميع القيمة.

والثاني: أنه يضمن ما قصر فيه من نقص القيمة.

ولا يبطل عقد القراض [بضمانه] لاستقراره بتصرفه.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوِ اشْتَرَى فِي القِرَاضِ خَمْراً أَوْ خِنْزِيراً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ دَفَعَ الثَّمَنَ فَالشِّرَاءُ بَاطِلٌ وَهُوَ لِلْمَالِ ضَامِنٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

لا يجوز للعامل أن يشتري بمال القراض ما لا يصح شراؤه ولا يجوز تملكه من الوقوف والعضوب وأمهات الأولاد وكذلك الخمور والخنازير سواء كان العامل أو رب المال مسلماً أو نصرانياً.

وقال أبو حنيفة إن كان العامل نصرانياً صح شراؤه للخمر والخنزير وأمر رب المال أن يتصدق بحصته من ربحه.

وهذا فاسد لأن ما لا يصح أن يشتريه المسلم لم يصح أن يشتريه النصراني كالميتة والدم ولأنه عقد يمنع من شراء الميتة والدم فوجب أن يمنع فيه من شراء الخنزير والخمر كالمسلم.

وإذا صح ما وصفناه من فساد هذا الشراء فلا ضمان على العامل ما لم يدفع مال القراض في ثمنه، وإن دفعه ضمنه.

قال الشافعي: وأكره للمسلم أن يدفع إلى النصراني مالاً مضاربة، ولا أكره للمسلم

أن يأخذ من النصراني مالاً مضاربة وهذا صحيح لأن المسلم أظهر أمانة من النصراني وأصح بيوعاً والله أعلم.

فصل: يجوز للرجل أن يقارض بماله رجلين، وللرجلين أن يقارضا بمالهما رجلاً أو رجلين لأنه عقد على منفعة فصح مع الواحد والجماعة كالوكالة والإجارة، وإذا صح ذلك ففيه ثلاثة فصول:

أحدهما: أن يقارض رجل واحد بماله رجلين على أن له نصف الربح، والنصف الباقي بين العاملين فهذا جائز، وهكذا لو شرط لنفسه ثلثي الربح، والثلث الباقي بينهما أثلاثاً لأحدهما بعينه ثلثاه وللآخر ثلثه جاز وكان الربح مقسوماً على تسعة لرب المال ستة أسهم، ولصاحب ثلثي الباقي سهمان، ولصاحب الثلث سهم.

فصل:والفصل الثاني أن يقارض رجلان بمالهما رجلاً واحداً وهما في المال سواء فهذا على أربعة أقسام:

أحدها: أن يشترطا له من مالهما شرطاً واحداً، ويكونا في باقي الربح على سواء فهذا جائز، مثاله أن يقولا: لك ثلث الربح من جميع المال، والباقي منه بيننا نصفين فيصير الربح بين ثلاثتهم أثلاثاً.

ولو جعلا له نصف الربح من جميع المال والباقي بينهما نصفين كان الربح بينهم أرباعاً للعامل سهمان ولكل واحد من صاحبي المال سهم.

والقسم الثاني: أن يشترطا له شرطاً مختلفاً ويكونا في الباقي على سواء فهذا باطل، مثاله: أن يقولا لك ثلث الربح من حصة أحدنا، وربعه من حصة الآخر، وباقي الربح بيننا بالسوية فهذا باطل لأنه إذا أخذ من حصة أحدهما الثلث بقي له من ربعه ثلثاه، وإذا أخذ من الآخر الربع بقي له من ربعه ثلاثة أرباعه فلم يجز أن يشترطا له التساوي فيما يتفاضلان فيه.

والقسم الثالث: أن يشترطا له شرطاً واحداً ويكونا في الباقي متفاضلين فهذا باطل. مثاله: أن يقولا لك ثلث الربح من المالين، والباقي بيننا أثلاثاً فهذا باطل لأن الباقي لكل واحد منهما من ربعه ثلثاه فلم يجز أن يشترطا التفاضل فيما يتساويان فيه.

والقسم الرابع: أن يشترطا له شرطاً مختلفاً، ويكون الباقي مختلفاً على مقتضى شرطهما فيما يأخذه العامل منهما فهذا جائز، مثاله: أن يقولا لك من حصة أحدنا بعينه ثلث ثلث الربح وباقي ربحه له، ومن حصة الآخر ثلثا ثلث الربح وباقي ربحه له جاز وكان الربح

مقسوماً على ثمانية عشر سهماً للعامل بالحقين ستة أسهم، سهمان منها بثلث الثلث، وأربعة أسهم بثلثي الثلث ولصاحب المال الباذل من حقه ثلث الثلث سبعة أسهم، وللآخر الباذل من حقه ثلثي الثلث خمسة أسهم.

فصل: والفصل الثالث: أن يقارض رجلان بمالهما رجلين فهذا ينقسم على ثمانية أقسام يدل عليها ما تقدم من الأقسام.

وإذا صرفت فكرك إليها وصحت لك متقابلة وفي أجزاء أقسامها نبينه على ما تقدمه منها، وهو أن يكون صاحب المال زيد وعمرو والعاملان زيد وعمرو فيجعل زيد لزيد من ربح المال ثلث الثلث ولعمرو ثلث السدس، والباقي من ربح حصته لنفسه، ويجعل عمرو لعمرو من ربح المال ربع الثلث ولزيد ربع السدس، والباقي من ربع حصته لنفسه فيصح، ويكون الربح مقسوماً بينهم على اثنين وسبعين سهماً، لأن مخرج ثلث السدس من ثمانية عشر يدخل فيها مخرج ثلث الثلث، ومخرج ربع السدس من أربعة وعشرين يدخل فيها مخرج ربع الثلث والعددان يتفقان بالأسداس فكان سدس أحدهما في جميع الأجزاء اثنين وسبعين سهماً، منها لزيد العامل من حصة زيد بثلث الثلث ثمانية أسهم، ومن حصة عمرو بربع السدس ثلاثة أسهم، فصار له من الحصتين أحد عشر سهماً ثم لعمرو والعامل من عمرو بربع الثلث ستة أسهم من حصة زيد بثلث السدس أربعة أسهم، فصار له من الحصتين عشرة أسهم، ثم لزيد صاحب المال بالباقي من ربح حصته أربعة وعشرون سهماً ثم لعمرو صاحب المال بالباقي من ربح حصته سبعة وعشرون سهماً، ولولا أن في استيفاء أقسام هذا الفصل المسألة تذهب نشاط القارىء وتستكد فكر المتأمل لاستوفيتها، وإن كان فيما ذكرته من هذا القسم كفاية لمن يفهم وبالله التوفيق.

الْمُسَاقَاةُ مَجْمُوعَةٌ مِنْ إِمْلَاءٍ وَمَسَائِلَ شَتَّى جَمَعْتُهَا مِنْهُ لَفْظاً

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «سَاقَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى أَنْ نصف الثَّمَرِ[1] لَهُمْ وَكَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بن رَوَاحَةَ فَيَخْرِص بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ ثُمَّ يَقُولُ إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَمَعْنَى قَوْلِهِ فِي الْخَرْصِ إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي أَنْ يَخْرِص النَّخْلُ كُلُّهُ كَأَنَّهُ خَرَصَهَا مَائَةَ وُسُقٍ وَعَشْرَةَ أَوْسُقٍ وَعَشْرَةَ أَوْسُقٍ رُطَباً ثُمَّ قَدَّرَ أَنَّهَا إِذَا صَارَتْ تَمْراً نَقَصَتْ عَشْرَةُ أَوْسُقٍ فَصَحَّتْ مِنْهَا مَائَةُ وُسُقٍ تَمْراً فَيَقُولُ إِنْ شِئْتُمْ دَفَعْتُ إِلَيْكُمُ النِّصْفَ الَّذِي لَيْسَ لَكُمُ الَّذِي أَنَا فِيهِ قَيِّمٌ لِأَهْلِهِ عَلَى أَنْ تَضْمَنُوا لِي خَمْسِينَ وُسْقاً تَمْراً مِنْ تَمْرٍ يُسَمِّيهِ وَيَصِفُهُ وَلَكُمْ أَنْ تَأْكُلُوهَا وَتَبِيعُوهَا رُطَباً كَيْفَ شِئْتُمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي أَنْ أَكُونَ هَكَذَا مِثْلَكُمْ وَتُسَلِّمُونَ إِلَيَّ نِصْفَكُمْ وَأَضْمَنُ لَكُمْ هَذِهِ الْمَكِيلَةِ».

قال الماوردي: أما المساقاة فهي المعاملة على النخل والشجر ببعض ثمره، وفي تسميتها بذلك ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنها سميت بذلك لأنها مفاعلة على ما يشرب بساق.

والثاني: أنها سميت بذلك لأن موضع النخل والشجر سمي سقياً فاشتقوا اسم المساقاة منه.

والثالث: أنها سميت بذلك لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقي فاشتق اسمها منه.

والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابة والتابعين في جوازها وهو قول كافة الفقهاء إلا أبا حنيفة وحده دون أصحابه فإنه تفرد بإبطالها وحكي عن النخعي كراهتها.

واستدل من نصر قول أبى حنيفة على إبطال المساقاة بنهي رسول الله ﷺ عن الغرر، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها، وبين قلتها وكثرتها، فكان الغرر فيه أعظم فاقتضى أن يكون بإبطالها العقد أحق.

ولأنه عقد على منافع أعيان باقية، فامتنع أن يكون معقوداً ببعضها كالمخابرة ولأنه عقد تناول ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلاً كما لو استؤجر على عمل بما تثمره هذه النخلة في القابل.

---

(1) أخرجه البخاري ٤/٥٤٠ كتاب الإجارة (٢٢٨٥) ومسلم ٣/١١٨٦ كتاب المساقاة ١ - (١٥٥١).

ولأن المساقاة إجارة على عمل جعلت الثمر فيه أجرة، والأجرة لا تصح إلا أن تكون معينة، أو ثابتة في الذمة، وما تثمره نخل المساقاة غير معين، ولا ثابتة في الذمة، فوجب أن تكون باطلة.

ولأن ما منع من المساقاة فيما سوى النخل والكرم من الشجر من جهالة الثمر منع منها من النخل والكرم لجهالة الثمر.

ودليلنا رواية الشافعي رضي الله عنه عن مسلم بن خالد عن عبد الله بن عمر يحدث عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حِينَ افْتَتَحَ خَيْبَرَ قَالَتِ الْيَهُودُ نَحْنُ نَقُومُ لَكُمْ بِالْعَمَلِ فِي النَّخْلِ، قَالَ فَدَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَيْهِمْ يَعْمَلُونَهَا وَيَقُومُونَ بِهَا عَلَى أَنَّ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَطْرَ الثَّمَرِ وَلَهُمُ الشَّطْرُ، فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ مَنْ يَخْرِصُهَا عَلَيْهِمْ، فَيَأْخُذُونَهَا وَيُؤَدُّونَ الشَّطْرَ».

وروى الشافعي رضي الله عنه عن مالك عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال لليهود حين افتتح خيبر: «أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ عَلَى أَنَّ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ» وكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة، فيخرص بينه وبينهم، ثم يقول: «إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي» فكانوا يأخذونه.

فدلت مساقاة النبيِّ ﷺ لأهل خيبر ـ وإن كانت مستفيضة يستغني عن نقل ـ على جواز المساقاة على نخل. اعترضوا على الاستدلال بهذا الخبر من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن النبيَّ ﷺ عقدها على أن يقرهم ما أقرهم الله تعالى، والمساقاة لا تصح على هذا الوجه حتى تعقد على مدة معلومة والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن النبيَّ ﷺ إنما عقده على هذا لأن النسخ في زمانه ممكن، وعلمه بما أقرهم الله تعالى مثاب ثم نسخ هذا الشرط، ونسخ بعض شرائط الشيء لا يوجب نسخ باقية، والجواب الثاني أن النبي ﷺ إنما شرط ذلك في عقد الصلح لا في عقد المساقاة، فإن قيل فلم يذكر المدة قيل إنما اقتصر الراوي على نقل ما يدل على صحة العقد، ولم ينقل شروط العقد.

والسؤال الثاني: إن قالوا: إن أهل خيبر عبيد يسترقون لا تصح مساقاتهم، وإنما هي مخارجة، ألا ترى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اصْطَفَى صَفِيَّةَ مِنْ سَبْيِهِمْ، وعليه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَالَحَهُمْ عَلَى إِقْرَارِ الأَرْضِ وَالنَّخْلِ مَعَهُمْ وَضَمَّنَهُمْ شَطْرَ الثَّمَرَةِ، وصلح العبيد وتضمينهم لا يجوز.

والثاني: أن عمر رضي الله عنه أجلاهم عن الحجاز، وإجلاء عبيد المسلمين لا يجوز.

والثالث: أنهم لو كانوا عبيداً لتعين مالكوهم، ولاقتسموا رقابهم فأما صفية فإنها كانت من الذرية دون المقاتلة.

والسؤال الثالث: إن قالوا إن الأرض والنخل كانت باقية على أملاكهم، وإنما شرط عليهم شطر ثمارهم جزية.

وعنه جوابان:

أحدهما: ماروي أن النبيّ ﷺ مَلَكَ أَرْضَهُمْ وَكُلَّ صَفْرَاءَ وَبَيْضَاءَ[1]، أَلَا تَرَى أَنَّ عُمَرَ قَالَ يَارَسُولَ اللَّهِ إِنِّي مَلَكْتُ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ وَهُوَ مَالٌ لَمْ أُصِبْ قَطّ مِثْلَهُ، وَقَدْ أَحْبَبْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى بِهِ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَهِّلِ الثَّمَرَةَ.[2]

والثاني: أن عمر رضي الله عنه أجلاهم عنها ولا يجوز أن يجليهم عن أملاكهم ثم يدل على جواز المساقاة إجماع الصحابة المنعقد عن سيرة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في مساقاة أهل خيبر بعد رسول الله ﷺ اتباعاً له إلى أن حدث من إجلائهم ما حدث.

ثم الدليل من طريق المعني هو أنها تنمى بالعمل عليها، فإذا لم يجز إجارتها جاز العمل عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير في القراض.

ثم الاستدلال بالقراض من وجهين:

أحدهما: ذكره أبو علي بن أبي هريرة أن الأمة مجمعة على جواز القراض وما انعقد الإجماع عليه فلا بد أن يكون حكمه مأخوذاً عن توقيف أو اجتهاد يرد إلى أصل وليس في المضاربة توقيف نص عليه، فلم يبقى إلا اجتهاد أدى إلى إلحاقه بأصل، وليس في المضاربة في الشرع أصل ترد إليه إلا المساقاة.

وإذا كانت المساقاة أصلاً لفرع مجمع عليه كانت أحق بالإجماع عليه.

والثاني: ذكره أبو حامد الإسفراييني: وهو أنه لما جازت المضاربة إجماعاً وكانت عملاً على عوض مظنون من ربح مجوز كانت المساقاة أولى بالجواز لأنها عمل على عوض معتاد من ثمرة غالبة فأما الجواب عن نهيه ﷺ عن الغرر فمن وجهين أحدهما:

ان المساقاة ليست غرراً لأن الغرر ما تردد بين جائزين على سواء أو بترجح الأخوف منهما، والأغلب من الثمرة في المساقاة حدوثها في وقتها في العرف الجاري في مثلها.

والوجه الثاني: أن المساقاة وإن دخلت في عموم الغرر المنهى عنه فقد صارت مستثناة بالنص الوارد في إباحتها.

وأما الجواب عن قياسهم على المخابرة فهو أنه قياس يدفع إحدى السنتين بالأخرى، ولو جاز أن نقيس المساقاة على المخابرة في المنع منها لجاز أن نقيس المخابرة على المساقاة في جوازها ولكن اتباع السنة فيما جاءت به من إجازة المساقاة وإبطال المخابرة أولى من أن ترد إحدى السنتين بالأخرى ثم الفرق بين المساقاة والمخابرة من وجهين.

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/٢٨٣ كتاب البيوع (٣٤١٠).

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (٣٠٨)، وأخرجه البخاري بنحوه ٥/٤١٨ كتاب الشرط (٢٧٣٧) ومسلم ٣/١٢٥٥ كتاب الوصية (١٥ ـ ١٦٣٢) والبيهقي في السنن الكبرى ٦/١٦٢.

أحدهما: أنه لما أمكن التوصل إلى منفعة الأرض بالإجارة لم تصح فيها المخابرة، ولما لم يمكن التوصل إلى منفعة النخل بالإجارة صحت فيها المساقاة.

والثاني: أن النماء في النخل والكرم حادث بالعمل من تلقيح النخل وقطع الكرم فجاز أن يصح العمل فيها ببعض نماءها كالقراض، وليس النماء في الأرض حادثاً عن العمل وإنما هو حادث عن البذر المودع في الأرض فلم يصح العمل فيها ببعض النماء كالمواشي.

وأما الجواب عن قياسهم على البيع وأنه عقد على ما لم يخلق فهو أن العقد وقع على النخل المخلوقة وكانت الثمرة التي لم تخلق تبعاً كالقراض الذي يعقد على مال موجود فيصح ويكون الربح المعدوم تبعاً وليس كالبيع الذي صار العقد فيه مختصاً بمعدوم لم يخلق.

وأما الجواب عن قياسهم على الإجارة إذا جعلت الأجرة فيها ثمرة لم تخلق فهو أن الإجارة لما صح عقدها على معلوم موجود لم يجز عقدها على معدوم ولا مجهول ولما لم يصح عقد المساقاة على موجود معلوم جاز عقدها على معدوم ومجهول، وفرق آخر وهو أن العوض في الإجارة يملكه الأجير بعد أن استقر عليه ملك المستأجر فلم يصح أن يستأنف ملك مجهول بعوض، وليس كذلك المساقاة لأن الثمرة تحدث على ملك العامل ورب المال فجاز أن تحدث في ملكه مال مجهول، ولهذا منعنا على الأصح أن تكون الثمرة أجرة فلم يصح لأجله الاستدلال بجهالة الأجرة وكان ذلك جواباً عنه.

واما الجواب عن استدلالهم بما لا تصح فيه المساقاة من الشجر فيأتي الكلام فيه ما يكون فرقاً وجواباً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا سَاقَى عَلَى النَّخْلِ أَوْ العِنَبِ بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ فَهِيَ الْمُسَاقَاةُ الَّتِي سَاقَى عَلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَرْضاً بَيْضَاءَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا الْمَدْفُوعَةُ إِلَيْهِ فَمَا أَخْرَجَ اللَّهُ مِنهَا مِنْ شَيْءٍ فَلَهُ جُزْءٌ مَعْلُومٌ فَهَذِهِ الْمُخَابَرَةُ الَّتِي نَهَى عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَمْ تُرَدُّ إِحْدَى السُّنَّتَيْنِ بِالْأُخْرَى».

قال الماوردي: اعلم إن المساقاة من العقود اللازمة بخلاف المضاربة والفرق بينهما أن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل فكان في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل، ونماء المال في المضاربة متصل بالعمل فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل، فلذلك انعقد لازماً في المساقاة وجائزاً في المضاربة.

وإذا كان كذلك فصحة العقد فيها معتبرة بأربعة شرائط:

فالشرط الأول: أن تكون النخل معلومة، فإن كانت مجهولة بأن قال قد ساقيتك أحد حوائطي أو على ما شئت من نخلي كان باطلاً لأن النخل أصل في العقد فبطل بالجهالة كالبيع.

فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية فقد اختلف أصحابنا فيه فخرجه بعضهم

على قولين كالبيع، وذهب آخرون منهم ـ وهو الأصح ـ إلى فساد العقد قولاً واحداً، وفرقوا بين المساقاة والبيع بأن البيع يعدي عن الغرر فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية قوي على احتماله فصح فيه، وعقد المساقاة غرر، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة ضعف على احتماله فبطل فيه.

وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد فإن كان عند عقد المساقاة لا ثمرة عليها، صح العقد ولو أثمرت من وقته إن كانت عند عقد المساقاة مثمرة فقد قال المزني رضي الله عنه إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز، وإن كان بعده لم يجز وقال أبو ثور: إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز، وإن لم يحتج لم يجز.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانت تزيد جاز وإن كانت لم تزد لم يجز فأما الشافعي فقد حكي عنه في الإملاء جوازه من غير تفصيل لأنه لما جازت المساقاة على ثمره معدومة كان جوازها بالمعلومة أولى، ولعل هذا على قوله في العامل أنه أجير. والمشهور من مذهبه والأصح على أصله أن المساقاة باطلة بكل حال. وقد حكى البويطي ذلك عنه نصاً لأن علة جوازها عنده أن لعمله تأثيراً في حدوث الثمرة كما أن للعمل المضارب تأثيراً في حصول الربح ولو حصل ربح المال قبل عمل العامل لم يكن له فيه حق كذلك المساقاة، فلو ساقاه على النخل المثمرة على ما يحدث من ثمرة العام المقبل لم يجز لأنه قد يتعجل العمل فيها استصلاحاً لثمرة قائمة من غير بدل.

فصل: والشرط الثاني أن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوماً بجزء شائع فيها من نصف أو ربع أو عشر، قل ذلك الجزء أو كثر كالمضاربة فإن جهل نصيبه بأن جعل له ما يرضيه أو ما يكفيه أو ما يحكم به الحاكم لم يجز للجهل به.

وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة لم يجز للجهل به من جملة الثمرة وأنه ربما كان جميعها أو سهماً يسيراً منها.

فلو قال قد ساقيتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها فقد حكي عن أبي العباس بن سريج جوازها وجعل الثمرة بينهما نصفين بالسوية حملاً لها على عرف الناس في المساقاة وتسوية بينهما في الثمرة وهذا خطأ لأن ترك ذكر العوض في العقد لا يقتضي حمله على معهود الناس عرفاً كالبيع والإجارة مع أن العرف فيه مختلف فإذا قال عاملتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه منها لم يجز عند أبي العباس بن سريج لأنه ليس للمعاملة عنده عرف ولو قال ساقيتك على مثل ما ساقى زيد عمراً فإن علما قدر ذلك جاز، وإن جهلاه أو أحدهما لم يجز.

ويجوز أن يساقيه في السنين كلها على نصيب واحد مثل أن يقول على أن لك في السنين كلها النصف ويجوز أن يكون النصيب مختلفاً فيكون له في السنة الأولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل في كل عام حتى يساوي نصيبه في جميع الأعوام وهذا خطأ لأن ما جاز أن يكون العوض في أحواله متفقاً جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والإجارة.

فإذا علم نصيب العامل ورب المال فمذهب الشافعي رضي الله عنه أن العامل شريك في الثمرة بقدر حصته، وقد خرج قول آخر أنه أجير كالمضارب ويختص رب المال بتحمل الزكوة دون العامل، والأصح أنه شريك تجب الزكوة عليهما إن بلغت حصة كل واحد نصاباً فإن كانت حصة كل واحد أقل من نصاب وجملة الثمرة نصاباً ففي وجوب الزكوة قولان من اختلاف قوليه في الخلطة في غير المواشي هل يكون كالخلطة في المواشي.

فأما سواقط النخل من السعف والسرخ والليف فهو لرب النخل لأنه ليس من مألوف النماء، ولا مقصود النخل فإن شرطه العامل لنفسه بطل العقد لاختصاصه بما لا يشاركه رب المال فيه، وإن شرطاه بينهما ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: جائزة، لأنه نماء كالثمرة.

والوجه الثاني: باطلة لأنه ليس من معهود النماء ولا مقصوده.

فصل: والشرط الثالث أن تكون المدة معلومة، وقال بعض أصحاب الحديث يجوز إطلاقها من غير أن تقدر بمدة معلومة، لأن النبي ﷺ ما قدر لأهل خيبر مدة، وقال أَقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ.

وقال أبو ثور: إن قدرت بمدة لزمت إلى انقضائها وإن لم تقدر بمدة صحت وكانت على سنة واحدة.

وكلا القولين خطأ لأن ما لزم من عقود المنافع تقدرت مدته كالإجارة .

فإذا كانت المدة المعلومة شرطاً فيها فأقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغني عن العمل ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التي قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها اطلاعاً متناهياً.

فإن تأخر اطلاع الثمرة فيها بحادث ثم اطلعت بعد تقضيها فعلى الأصح من المذهب في أن العامل شريك تكون الثمرة بينهما وإن انقضت مدة المساقاة قبل اطلاعها لأن ثمرة هذا العام حادثة على ملكهما ولا يلزمه العمل بعد انقضاء المدة وإن استحق الثمرة إلا فيما اختص بالثمرة من تأبير وتلقيح، وإن قيل بأن العامل أجير فلا حق له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل ولا يستهلك عمله بغير بدل فيحكم له حينئذ بأجرة المثل. فأما أكثر مدة المساقاة فيأتي.

فصل: والشرط الرابع في صيغة العقد وهو أن يعقداه بلفظ المساقاة، فيقول ساقيتك لأن ألفاظ العقود سبعة من أسمائها لينتفي الاحتمال عنها.

فإن عقداه بلفظ الإجارة بأن قال استأجرتك للعمل فيها كان العقد باطلاً لأن الإجارة فيها لا تصح، فإذا عقدا بلفظ الإجارة انصرف إليهما فبطل. وإن لم يعقداه بواحدة من اللفظتين، وقال قد عاملتك عليها بالعمل فيها على الشرط من ثمرها ففيه وجهان:

أحدهما: أن العقد صحيح، لأن هكذا يكون عقد المساقاة.

والوجه الثاني: أن العقد باطل، لأن هذا من أحكام العقد فلم ينعقد به العقد، وهذان

الوجهان من اختلاف أصحابنا في البيع إذا عقد بلفظ التمليك.

فصل. فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجز أن يشرط فيه خيار الثلاث، واختلف أصحابنا هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا على وجهين كالإجارة.

ويجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان لأنه عقد غير مضمون.

ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه فإن لم يعمل في النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمرة إن قيل إنه شريك ولا شيء له فيها إن قيل إنه أجير، ولرب النخل أن يأخذ العامل جبراً بالعمل للزوم العقد.

فإن أراد العامل أن يساقي غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون كالإجارة ولا يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة، والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقي عليها وبين المضاربة حيث لم يجز للعامل أن يضارب بها.

إن تصرف العامل في المضاربة تصرف في حق رب المال لأن العقد ليس بلازم فلم يملك إلا فتيات عليه في تصرفه، وتصرف العامل في المساقاة تصرف في حق نفسه للزوم العقد فملك الاستنابة في تصرفه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَالْمُسَاقَاةُ جَائِزَةٌ بِمَا وَصَفْتُ فِي النَّخْلِ وَالْكَرْمِ دُونَ غَيْرِهِمَا لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ صَدَقَةَ ثمرتهما بالخرص وَثَمَرُهُمَا مُجْتَمِعٌ بَائِنٌ مِنْ شَجَرِهِ لَا حَائِلَ دُونَهُ يَمْنَعُ إِحَاطَةَ النَّاظِرِ إِلَيْهِ وَثَمَرُ غَيْرِهِمَا مُتَفَرِّقٌ بَيْنَ أَضْعَافِ وَرَقٍ لَا يُحَاطُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ فَلَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إِلَّا عَلَى النَّخْلِ وَالْكَرْمِ».

قال الماوردي: وجملة الشجر من النبات مثمراً على ثلاثة أقسام:

قسم لا يختلف مذهب الشافعي رضي الله عنه في جواز المساقاة عليه، وهو النخل والكرم. وقال داود المساقاة جائزة في النخل دون الكرم.

وحكي عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلاً من النخل، ومنع منها في البعل من النخل وفي الكرم وكلا القولين خطأ.

واختلف أصحابنا في جواز المساقاة في الكرم هل قال به الشافعي رضي الله عنه نصاً أو قياساً، فقال بعضهم بل قال به نصاً وهو ما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَاقَى فِي النَّخْلِ وَالْكَرَمِ.

وقال آخرون وهو الأشبه أنه قال به قياساً على النخل من وجهين ذكرهما، أحدهما اشتراكهما في وجوب الزكوة فيهما، والثاني بروز ثمرهما، وإمكان خرصهما.

فصل: والقسم الثاني ما لا يختلف مذهب الشافعي رضي الله عنه في بطلان المساقاة فيه وهو المقاثي والبطاطخ والباذنجان والعلف.

وحكي عن مالك جوازها في ذلك كله ما لم يبد صلاحه بحدوث ثمرها مرة بعد مرة.

وهذا خطأ لأن ما لم يكن شجراً ثابتاً فهو بالزرع أشبه، والمخابرة على الزرع باطلة

فكذلك ما أشبه الزرع من القثاء والبطيخ والموز وقصب السكر.

فصل: والقسم الثالث ما كان شجراً ففي جواز المساقاة عليه قولان: **أحدهما** وبه قال في القديم، وهو قول أبي ثور أن المساقاة عليه جائزة ووجهه أنه لما اجتمع في الأشجار معنى النخل من بقاء أصلها والمنع من إجارتها كانت كالنخل في جواز المساقاة عليها مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبي ﷺ إفرادها عن حكم النخل، ولأن المساقاة مشتقة الاسم مما يشرب بساق.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو قول أبي يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة، اختصاصاً بالنخل والكرم لما ذكره الشافعي من المعنيين في الفرق بين النخل والكرم وبين الشجر، **أحدهما** اختصاص النخل والكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الأشجار، **والثاني**: بروز ثمرهما وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الأشجار، فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاه عليهما صحت المساقاة فيهما وكان الشجر تبعاً كما تصح المخابرة في البياض الذي بين النخل ويكون تبعاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَتَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ سِنِينَ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في أقل مدة المساقاة فأما أكثر مدتها فكالإجارة في أكثر مدتها، وقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في أكثر مدة الإجارة على قولين:

أحدهما: لا يجوز إلا سنة واحدة لزيادة الغرر فيما زاد على السنة.

والقول الثاني: يجوز سنين كثيرة.

قال الشافعي رضي الله عنه يجوز ثلاثين سنة، فمن أصحابنا من جعل الثلاثين حداً لأكثر المدة اعتباراً بظاهر كلامه، وذهب سائرهم ـ وهو الصحيح ـ إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بحد لأكثر المدة، ولهم فيه تأويلان:

أحدهما: أنه قاله مثالاً على وجه التكثير، والثاني أنه محمول على ما لا يبقى أكثر من ثلاثين سنة.

فعلى هذا في أن الإجارة تجوز سنين كثيرة، فهل ذكر أجرة كل سنة منها لازم فيها؟ على قولين: **أحدهما**: يلزم أن يبين أجرة كل سنة منها.

والثاني: لا يلزم. فأما المساقاة فأحد القولين أنها لا تجوز أكثر من سنة واحدة، كما لا تجوز الإجارة أكثر من سنة، **والقول الثاني**: تجوز سنين كثيرة يعلم بقاء النخل إليها، كما تجوز الإجارة سنين كثيرة.

وهل يلزم ذكر نصيب العامل في كل سنة فيها قولاً واحداً وفرقا بينهما وبين الإجارة بأن ثمار النخل مختلفة باختلاف السنين ومنافع الإجارة لا تختلف.

فصل: فلو ساقاه على نخلة عشر سنين على أن لـه ثمرة سنـة منها لم يجـز سواء عين السنة أو لم يعينها لأنه إن لم يعينها كانت مجهولة، وإن عينها فقد شرط جمع الثمرة فيها.

ولـو جعل لـه نصف الثمرة في سنـة من السنين العشرة إن لم يعينهـا بطلت المسـاقـاة للجهل بها وإن عينها نظر، فإن كانت غير السنة الأخيـرة بطلت المسـاقاة لأنـه قد شـرط عليه بعـد حقه من الثمـرة عملاً لا يستحق عليـه عـوضـاً، وإن كـانت السنـة الأخيـرة ففي صحـة المساقاة وجهان:

أحدهما: أنهـا صحيحة كمـا يصح أن يعمـل في جميع السنـة، وإن كانت الثمـرة في بعضها.

والوجه الثـاني: أنها بـاطلة لأنه يعمـل فيها مـدة تثمر فيهـا ولا يستحق شيئاً من ثمـرها وبهذا المعنى خالف السنة الواحدة.

فصل: وإذا ساقاه عشر سنين فاطلعت ثمرة السنة العاشرة بعد تقضيهـا لم يكن للعامـل في ثمـرة تلك السنة حق لتقضي مـدته وزوال عقـده، ولو اطلعت قبـل تقضي تلك السنة ثم تقضت والثمرة لم يبد صلاحها وهي بعد طلع أو بلح كان له حقه منها لحدوثها في مدته، فإن قيل إنه أجير فعليه أن يأخذ حقه منها طلعاً أو بلحاً وليس لـه استيفاء حقـه إلى بدو الصـلاح، وإن قيل إنه شريك كان له استيفاؤها إلى بدو الصلاح، وتناهي الثمرة.

فصل: وإذا ساقاه على النخل فاطلعت بعد قبض العـامل لهـا وقبل عمله فيهـا استحق نصيبه من تلك الثمرة لحدوثها في يده، ولو اطلعت قبل قبضه وتصرفه فيها فإن قيل إنه أجيـر لم يكن له في تلك الثمرة نصيب لارتفـاع يده، وإن قيـل إنه شـريك استحق نصيبـه من تلك الثمرة لأنها بعد العقد حادثة عن ملكهما وعلى العامـل أجرة مثـل ما استحق عليـه من العمل فيها والله أعلم.

مسـألة: **قَـالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَإِذَا سَاقَـاهُ عَلَى نَخْلٍ وَكَـانَ فِيهِ بَيَـاضٌ لَا يُوصَلُ إِلَى عَمَلِهِ إِلَّا بِالدُّخُـولِ عَلَى النَّخْلِ وَكَـانَ لَا يُوصَـلُ إِلَى سَقْيِهِ إِلَّا بِشِـرْكِ النَّخْلِ فِي الْمَاءِ فَكَانَ غَيْـرَ مُتَمَيِّزٍ جَـازَ أَنْ يُسَاقَى عَلَيْـهِ مَعَ النَّخْـلِ لَا مُنْفَرِداً وَحْـدَهُ وَلَوْلَا الْخَبَـرُ فِيهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ دَفَعَ إِلَى أَهْلِ خَيْبَرِ النَّخْلَ عَلَى أَنَّ لَهُمُ النِّصْفَ مِنَ النَّخْلِ وَالـزَّرْعِ وَلَهُ النِّصْفُ وَكَانَ الزَّرْعُ كَمَا وَصَفْتُ بَيْنَ ظَهْرَانِي النَّخْلِ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والمخابرة هي دفع الأرض إلى من يزرعها على الشطر من زرعهـا، فإذا كـان للرجل أرض ذات نخـل فيها بيـاض فساقـاه على النخل وخـابره على البياض فهذا على ضربين:

أحـدهما: أن يكـون البياض منفـرداً عن النخـل ويمكن سقي النخـل والتـوصـل إلى صلاحه من غير تعرض للبياض ولا تصرف فيه فلا تصح المخابـرة عليه سـواء قل البيـاض أو

كثر، وسواء أفرده بالعقد أو جعله تبعاً للمساقاة لأنه إذا استغنى عنه في المساقاة تميز بحكمه وانفرد عن غيره فبطل العقد فيه.

والضرب الثاني: أن يكون البياض بين النخل، ولا يتوصل إلى سقي النخل إلا بسقيه والتصرف فيه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون يسيراً، **والثاني:** أن يكون كثيراً، فإن كان يسيراً جاز أن يخابره عليه مع مساقاته على النخل تبعاً لرواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشِطرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ وَزَرْعٍ ، ولأنه قد يجوز في توابع العقد ما لا يجوز أن يفرد بالعقد كالثمرة التي لم يبد صلاحها يجوز أن تباع تبعاً للنخل من غير شرط ولا يجوز بيعها مفردة بغير شرط، وكالحمل واللبن في الضرع يجوز بيعهما تبعاً ولا يجوز بيعهما مفرداً ولأن الضرورة داعية إلى المخابرة عليه إذا كان تبعاً لئلا يفوت العمل فيه بغير بدل، ولا تدعو الضرورة إلى إفراده بالعقد.

وإن كان البياض كثيراً يزيد على النخل ففي جواز المخابرة عليه تبعاً وجهان، أحدهما يجوز كاليسير للضرورة الداعية إلى التصرف فيه.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأن اليسير يكون تبعاً للكثير ولا يكون الكثير تبعاً لليسير.

فصل: فإذا صحت المخابرة على بياض الأرض تبعاً للمساقاة على النخل فلا يخلو من أن يجمع بينهما في العقد أو يفردهما، فإن جمع بينهما في العقد فساقاه في العقد الواحد على النخل وخابره على البياض فلا يخلو قدر العوض فيهما من أن يتساوى أو يتفاضل، فإن تساوى فقال قد ساقيتك على النخل وخابرتك على البياض على النصف من الثمرة والزرع صح العقد فيهما، وإن تفاضل العوض فيهما فقال قد ساقيتك على النخل وخابرتك على البياض على نصف الثمرة وثلث الزرع أو على ثلث الثمرة ونصف الزرع، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين يجوز كما لو تساوى العرض فيهما.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين أنه لا يجوز لأنهما إذا تفاضلا تميزا ولم يكن أحدهما تبعاً للآخر ولا متبوعاً.

فإن أفرد كل واحد منهما بعقد فساقاه على النخل في عقد وخابره على البياض في عقد آخر فهو على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين يجوز لأنه تبع للأصل فلم يؤثر فيه إفراده بالعقد، **والوجه الثاني:** وهو قول البصريين أنه لا يجوز لأن العقود المنفردة لا يكون بعضها تبعاً لبعض.

وعلى هذين الوجهين اختلفوا فيمن اشترى نخلاً ذات ثمرة لم يبد صلاحها ثم اشترى الثمرة في عقد آخر بغير شرط القطع.

فأحد الوجهين جوازه لأنه تبع لأصل صار إلى مشترٍ واحد فصار كما لو جمعهما في عقد واحد.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز لتفرد كل عقد بحكمه.

فإن قيل: فإذا جوزتم المخابرة على البياض تبعاً للمساقاة على النخل فهلا جوزتم إجارة النخل والشجر تبعاً لإجارة الأرض.

قيل: الفرق بينهما أن المساقاة والمخابرةلا تتجانسان لأنهما أعيان تؤخذ من أصول باقية فجاز العقد عليهما تبعاً لتجانسهما، وإجارة النخل والأرض مختلفتان لأن منافع الإجارة في الأرض آثار ومنافع الإجارة في النخل أعيان فلم يجز العقد عليهما تبعاً لاختلافهما.

فصل: ولو كان بين نخل المساقاة زرع لرب النخل كالموز والبطيخ وقصب السكر وغير ذلك من الحبوب فساقاه على النخل والزرع معاً على أن يعمل فيهما بالنصف منها ففيه وجهان:

أحدهما: تجوز المساقاة في الزرع تبعاً للمساقاة في النخل كما تجوز المخابرة تبعاً.

والوجه الثاني: أن المساقاة في الزرع لا تجوز تبعاً، وإن جازت المخابرة تبعاً.

والفرق بينهما أن المساقاة على الزرع هي استحقاق بعض الأصل والمخابرة على الأرض لا يستحق فيها شيء من الأصل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لِلْمُسَاقِي فِي النَّخْلِ أَنْ يَزْرَعَ الْبَيَاضَ إِلَّا بِإِذْنِ رَبِّهِ فَإِنْ فَعَلَ فَكَمَنْ زَرَعَ أَرْضَ غَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، لا يجوز للعامل في المساقاة أن يزرع البياض الذي بين النخل إلا بعقد من مالكه أو إذن من جهته.

وقال مالك: له أن يزرع البياض بغير إذن مالكه إذا كان أقل من الثلث استدلالاً بأن ما كان تبعاً للعقد دخل فيه بغير شرط كالحمل واللبن في الضرع.

وهذا خطأ؛ لأن العقود لا يدخل فيها إلا المسمى بها. وليس كل ما صح دخوله فيها تبعاً بشرط دخل فيها تبعاً بغير شرط، ألا ترى أن مال العبد يصح دخوله في العقد تبعاً بشرط ولا يدخله تبعاً بغير شرط، وكذلك الثمرة المؤبرة تتبع النخل بشرط ولا تتبعها بغير شرط، وفارق ذلك الحمل واللبن؛ لأنهما مما لا يجوز العقد عليهما مفرداً بوجه، فجاز أن يكونا تبعاً لأصلهما بغير شرط، وليس كذلك مال العبد والثمرة، لأن إفراد العقد عليهما قد يجوز على وجه فلم يجز أن يتبع أصله بغير شرط، كذلك بياض الأرض لما جاز أن يفرد العقد عليه بالإجارة لم يجز أن يكون تبعاً بغير شرط.

فصل: فإذا تقرر أن ليس للعامل زرعه بغير إذن ربه فزرعه فهو كمن زرع أرض غيره غصباً فيكون لرب الأرض أن يأخذه بقلعه ولا يجبر على تركه لقوله ﷺ ليس لعرق ظالم

حق، وليس له أن يجبر الزارع على أخذ قيمة زرعه، سواء كان قلع الزرع مضراً بأرضه أم لا.

وقال أبو حنيفة إن كان قلعه مضراً بالأرض أجبر الزارع على أخذ قيمته مقلوعاً، استدلالاً برواية عطاء عن أبي رافع أن النبي ﷺ قال: «مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ وَلَهُ نَفَقَتُهُ»[1]، ودليلنا قوله ﷺ لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ.

فأما الجواب عن قوله ﷺ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ فمن وجهين:

أحدهما: أن معناه ليس له منه شيء إذا روضي على أخذ قيمته.

والثاني: أنه ليس له حق في استيفائه، وقوله: وله نفقته أي: زرعه، ويحتمل أن يكون معناه أن نفقته هي من ماله لا يرجع بها على غيره.

فإن قيل: إذا جعلتم ولد الأمة من زنا لسيدها دون الزاني بها لعدوانه لزمكم أن تجعلوا زرع الغاصب لرب الأرض دون الغاصب لعدوانه.

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن زرع الغاصب من بذره يقيناً فجعل له وولد الزاني من مائه ظناً لا يقيناً فلم يجعله له.

والثاني: أن بذر الزارع مال مملوك تجوز المعاوضة عليه، فصار ما حدث عنه ملكاً للغاصب وليس ماء الزاني موصوفاً بالملك، ولا تجوز عليه المعاوضة فلم يصر ما حدث عنه ملكاً للزاني.

فصل: فإذا تقرر أن لا حق لرب الأرض في الزرع فلا يخلو حال رب الأرض والزارع من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتراضيا على ترك الزرع إلى أوان الحصاد، فيجوز ويؤخذ الزارع بأجرة المثل.

والثاني: أن يتراضيا على قلع الزرع بقلا فيجوز ويؤخذ الزارع بأجرة المثل إلى حين قلعه وبأرش نقصه إن حدث.

والثالث: أن يختلفا فيدعو الزارع إلى استيفائه إلى وقت الحصاد، ويدعو رب الأرض إلى قلعه بقلاً في الحال، فالقول فيه قول رب الأرض ويجبر الزارع على القلع وغرم الأجرة والأرش.

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب (٣٣) والترمذي (١٣٦٦) وابن ماجة (٢٤٦٦) وأحمد ٤/١٤١ والطحاوي في مشكل الآثار ٣/٢٨٠ وفي معاني الآثار ٤/١١٨ وابن أبي شيبة ١٤/٢١٩ وانظر نصب الراية ٤/١٧١.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إلَّا عَلَى جُزْءٍ مَعْلُومٍ قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ لأنه عقد معاوضة، فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة. فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلب المساقاة للجهل بقدر نصيبه منها، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها، ولا يكفيه إلا أكثرها.

فإن قيل: فإذا صحت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة فهلا صحت مع الجهالة بقدر نصيبه من الثمرة؟ قيل لأن العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن، فلم يعتبر، والعلم بقدر نصيبه منها ممكن فاعتبر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّ لَهُ ثَمَر نَخْلاَتٍ بِعَيْنِهَا مِنَ الْحَائِطِ لَمْ يَجُزْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل في الثمرة فإذا عقداها على أن للعامل ثمر نخلات بعينها منها أفضى إلى أن يستبد أحدهما بجميع الثمرة دون صاحبه، لأنه قد يجوز أن لا تحمل تلك النخلات فينصرف العامل بغير شيء، ويجوز أن لا تحمل إلا تلك النخلات وحدها، فينصرف رب المال بغير شيء، فلذلك بطل.

فإن قيل فإذا جاز أن يساقيه على تلك النخلات بعينها من جملة النخل كله ـ وإن جاز أن تحمل أو لا تحمل ـ فهلا جاز أن يساقيه على جميعها بثمر تلك النخلات بعينها ـ وإن جاز أن تحمل أو لا تحمل ـ قيل لأنه إذا أفرد عقد المساقاة بتلك النخلات بعينها تساويا فيها ـ حملت أو لم تحمل ـ وإذا كان العقد على جميعها بثمر تلك النخلات فقد يتفاضلان فيها ـ إن حملت أو لم تحمل ـ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَطَ عى صَاحِبِهِ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَمْ يَجُزْ وَكَانَ لَهُ أُجْرَة مِثله فِيمَا عَمِلَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن اشتراط أحدهما الصاع من جملة الثمرة يفضي إلى الجهالة بقدر العوض، لما فيه من الجهالة بالباقي بعد الصاع، ولأنه قد يجوز أن لا تحمل النخل إلا ذلك الصاع، وإذا بطلنا لمساقاة في هذه المواضع بما وصلنا كانت الثمرة كلها لرب النخل وكان للعامل أجرة مثله فيما عمل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ دَخَلَ في النَّخْلِ عَلَى الإجَارَةِ بِأَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَ وَيَحْفَظَ بِشَيْءٍ مِنَ التَّمْرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاَحُهُ فَالإجَارَةُ فَاسِدَةٌ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ».

قال الماوردي: وهذه المسألة من الإجارات وليست من المساقاة، وصورتها في رجل استأجر رجلاً ليعمل في نخله أو في غير نخله على أن أجرته ثمرة نخلة بعينها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الثمرة لم تخلق فالإجارة باطلة للجهل بقدر ما تحمل وأنها ربما لم تحمل والأجرة لا تصلح إلا معلومة في الذمة أو عيناً مشاهدة.

والضرب الثاني: أن تكون الثمرة موجودة فقد خلقت، فهذا على ضربين: **أحدهما:** أن تكون بادية الصلاح فالإجارة جائزة سواء شرط له جميعها أو سهماً شائعاً فيها، لأنها موجودة تصح المعاوضة عليها.

والضرب الثاني: أن تكون غير بادية الصلاح، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترط له جميعها فينظر، فإن شرطه فيه القطع صحت الإجارة لأن المعاوضة على ما لم يبد صلاحه من الثمرة جائزة بشرط القطع، وإن لم يشرط فيها القطع لم يجز لفساد المعاوضة عليها.

والضرب الثاني: أن يشرط له سهماً شائعاً فيها من نصف أو ثلث فتبطل الإجارة، لأن اشتراط قطع المشاع لا يمكن والمعاوضة عليها بغير شرط القطع لا يجوز، فلذلك بطلت الإجارة، ويحكم للعامل بأجرة مثله إن عمل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا كَانَ فِيهِ مُسْتَزَادٌ فِي الثَّمَرِ مِنْ إِصْلاحِ الْمَاءِ وَطَرِيقِهِ وَتَصْرِيفِ الجريدِ وَإِبَارِ النَّخْلِ وَقَطْعِ الْحَشِيشِ الْمُضِرِّ بِالنَّخْلِ وَنَحْوِهِ جَازَ شَرْطُهُ عَلَى الْعَامِلِ فَأَمَّا شَدُّ الْحِظَارِ فَلَيْسَ فِيهِ مُسْتَزَادٌ وَلَا صَلَاحٌ فِي الثَّمَرَةِ فَلَا يَجُوزُ شَرْطُهُ عَلَى الْعَامِلِ».

قال الماوردي: اعلم أن العمل المشروط في المساقاة على أربعةأضرب: **أحدها:** مايعود نفعه على الثمرة دون النخل.

والثاني: ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، **والثالث:** ما يعود نفعه على النخل والثمرة.

والرابع: ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل.

فأما الضرب الأول وهو ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل فمثل إبار النخل وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطها رطباً وجدادها تمراً.

فهذا الضرب يجوز اشتراطه على العامل. وينقسم ثلاثة أقسام: قسم يجب عليه فعله من غير شرط وهو كل ما لا تحصل الثمرة إلا به كالتلقيح والإبار، وقسماً يجب عليه فعله إلا بالشرط، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة وقد تصلح بعدمه، كتصريف الجريد وتدلية الثمرة، وقسم مختلف فيه وهو كُل ما تكاملت الثمرة قبله كاللقاط والجداد ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجب على العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بعلمه.

والوجه الثاني: أنه واجب على العامل بغير شرط لأن الثمرة لا تستغني عنه وإن تكاملت قبله.

فصل: وأما الضرب الثاني وهو ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، فمثل سد الحظائر وحفر الآبار، وشق السواقي، وكرى الأنهار. فكل هذا مما يعود نفعه على النخل دون الثمرة فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل وكذا ما شاكله من عمل الدواليب وإصلاح الزرانيق.

فإن شرط رب المال على العامل شيئاً مما ذكرنا كان الشرط باطلاً والمساقاة فاسدة، وقال بعض أصحابنا يبطل الشرط، وتصح المساقاة حملاً على الشروط الزائدة في الرهن تبطل ولا يبطل معها الرهن في أحد القولين، وهذا خطأ لأن عقود المعاوضات إذا تضمنت شروطاً فاسدة بطلت كالشروط الفاسدة في البيع والإجارة والله أعلم.

فصل: وأما الضرب الثالث وهو ما يعود نفعه على النخل والثمرة فكالسقي والإثارة وقطع الحشيش المضر بالنخل.. إلى ما جرى هذا المجرى مما فيه صلاح النخل ومستزاد في الثمرة فهذا على ضربين:

أحدهما: ما لا تصلح الثمرة إلا به كالسقي فيما لا يشرب بعروقه من النخل حتى يسقى سيحاً فهو على العامل كنخل البصرة فهو وغيره من شروط هذا الفصل سواء، وهو الضرب الثاني في هذين الضربين، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه واجب على العامل بنفس العقد، واشتراطه عليه تأكيد، لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة.

والوجه الثاني: أنه واجب على رب النخل، واشتراطه على العامل مبطل للعقد لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة.

والوجه الثالث: أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطه على رب النخل لما فيه من صلاح النخل فلم يتناف الشرطان فيه فإن شرطه على العامل لزمه، وإن شرط على رب النخل لزمه، وإن أعقل لم يلزم واحداً منهما، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تثمير ماله.

فصل: وأما الضرب الرابع وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة فهو كاشتراطه على العامل أن يبني له قصراً أو يخدمه شهراً أو يسقي له زرعاً، فهذه شروط تنافي العقد، وتمنع من صحته لأنه لا تعلق لها به، ولا تختص بشيء في مصلحته. والله أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم المعين.

كِتَابُ الشَّرْطِ فِي الرَّقِيقِ يَشْتَرِطُهُمُ الْمُسَاقِي

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُسَاقِي عَلَى رَبِّ النَّخْلِ غِلْمَاناً يَعْمَلُونَ مَعَهُ وَلاَ يَسْتَعْمِلُهُمْ فِي غَيْرِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن المساقاة كالقراض في أنها موضوعة على اختصاص رب المال بالنخل واختصاص العامل بالعمل، فإذا أطلقت المساقاة أخذ العامل بجميع العمل الذي تصلح به الثمرة، وهو بالخيار بين أن يعمل ذلك بنفسه أو بأعوانه ولا اعتراض لرب المال عليه في رأي ولا عمل ما لم يخرج عن العرف المعهود في مثلها.

والفرق بين المضاربة حيث لم يجز أن يستعني فيها بغيره بدلاً منه، وبين المساقاة في جواز ذلك من وجهين:

أحدهما: أن المساقاة لما لزمت ملك الاستنابة فيها، والمضاربة لما لم تلزم لم يملك الاستنابة فيها.

والفرق الثاني: أن المقصود في المضاربة هو الرأي والتدبير المختلف باختلاف أهله، وأنه قد يخفى فساده إلا بعد نفوذه وفواته فلم يجز أن يستعين فيه بمن ربما قصر عن رأيه لفوات استدراكه، وليست المساقاة كذلك، لأن المقصود منها العمل، وفساده ظاهر إن حصل، واستدراكه ممكن إن حدث فجاز أن يستعين بغيره ممن يعمل بتدبيره فإن قصر تقصيراً استدرك.

فصل: فإن شرط العامل على رب النخل غلماناً يعملون معه جاز الشرط وصحت المساقاة، وهذا نص الشافعي رضي الله عنه.

وما عليه فقهاء أصحابه في جواز اشتراط ذلك في المضاربة وجهان: **أحدهما** يجوز كما يجوز في المساقاة.

والثاني: لا يجوز، والفرق بينهما أن في المساقاة عملاً يختص برب النخل وهو حفر الآبار، وكري الأنهار فجاز أن يشترط عليه عمل غلمانه وليس في المضاربة عمل يختص برب المال، فلم يجز أن يشترط عليه عمل غلمانه.

فإن قيل فإذا جوزتم دخول العبيد في المساقاة تبعاً، فهلا جوزتم العقد عليهم ببعض كسبهم منفرداً؟.

قيل قد يجوز في توابع العقد ما لا يجوز إفراده بالعقد، ألا ترى أن شركة الأبدان يصح أن تفرد بالعقد، ولو عقدت على مال صح، وكان عمل البدن فيها تبعاً للعقد.

فإن قيل فإذا جوزتم للعامل أن يشرط على رب النخل عمل غلمانه فهلا جوزتم أن يشرط عليه عمل نفسه، قيل لا يجوز، والفرق بينهما: أن رب المال لا يكون تبعاً لما له، وقد يكون غلمانه تبعاً لما له كالدولاب والثور في المساقاة.

فإن قيل فإن كان العمل مشروطاً على غلمان رب النخل فلماذا يستحق العامل سهمه من الثمرة، قيل بالتدبير واستعمال العبيد، ولذلك لزم العبيد أن يعملوا بتدبير العامل فإن شرط في العقد أن يعملوا بتدبير أنفسهم فسد.

فصل: فإذا صح أن يشرط العامل على رب النخل غلماناً يعملون معه فلا يخلو حالهم من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط غلماناً معينين مثل أن يشترط عليه عمل عبده سالم أو غانم، فيصح العقد بهذا الشرط، ولا يجوز لرب النخل أن يبدلهم بغيرهم لأن عمل العبيد قد يختلف باختلافهم، ولا يجوز للعامل أن يستعملهم في غير نخل سيدهم لأن الأجراء على العمال لا يجوز أن ينقلوا إلى غير عملهم.

والقسم الثاني: أن يشترط غلماناً موصوفين غير معينين فيصح العقد باشتراطهم.

وقال مالك لا يصح حتى يعينوا اعتباراً بعرف أهل المدينة في تعيين العبيد في المساقاة. وهذا فاسد لأن الصفة قد تقوم مقام المشاهدة والتعيين. ألا ترى أن عقود المعاوضات قد تجوز بالصفة كما تجوز بالتعيين والمشاهدة وقد قال الشاعر:

وَمَنْ يَصِفْكَ فَقَدْ سَمَّاكَ لِلْعَرَبِ

والقسم الثالث: أن لا يعينهم ولا يصفهم فالشرط باطل للجهل بهم والمساقاة فاسدة لما اقترن بها من جهالتهم. والله أعلم.

فصل: ويجوز لرب النخل أن يشرط على العامل غلماناً يعملون معه وقد نص عليه الشافعي لأن العمل أخص بالعامل من رب المال فلما جاز اشتراط ذلك على رب المال كان اشتراطه على العامل أجوز وسواء عينوا أو وصفوا أو أطلقوا بخلاف اشتراطهم على رب النخل. والفرق بينهما أنهم في اشتراطهم على رب النخل مستثنون من عمل وجب على العامل، فوقعت الجهالة بإطلاقهم، وهم في اشتراطهم على العامل داخلون في جملة العمل المستحق عليه، فلم تقع الجهالة بإطلاقهم. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَنَفَقَةُ الرَّقِيقِ عَلَى مَا يَتَشَارَطَانِ عَلَيْهِ وَلَيْسَ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِأَكْثَرَ مِنْ أُجْرَتِهِمْ فَإِذَا جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا لِلْمُسَاقِي بِغَيْرِ أُجْرَةٍ جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا لَهُ بِغَيْرِ نَفَقَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وجملته أنه لا يخلو حال نفقتهم من أحد أمرين: إما أن يشترطا محلها في العقد، أو يغفلاه، فإن شرطا محلها لم يخل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشرط على العامل، فهذا جائز لأن العمل مستحق عليه فجاز أن تكون نفقة الغلمان في النخل مشروطة عليه كما كانت أجور من لم يشترطهم واجبة عليه.

والحال الثانية: أن يشرط على رب النخل فهذا جائز، وقال مالك لا يجوز، لأن العمل مستحق على غيره.

وهذا فاسد لأنه لما جاز بالشرط أن يعملوا مع العامل بغير أجرة جاز أن يعملوا معه بغير نفقة.

والحال الثالثة: أن يشرط من وسط الثمرة فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون عملهم قبل حدوث الثمرة فهذا شرط باطل لعدم محلها، وإن ما لم يخلق لا يجوز أن يكون عوضاً على عمل.

والضرب الثاني: أن يكون عملهم بعد حدوث الثمرة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون نفقتهم منغير جنس الثمرة لتباع الثمرة فيصرف ثمنها في نفقتهم فهذا باطل لأن الثمرة غير مستحقة، والنفقة غير ثابتة في الذمة.

والضرب الثاني: أن تكون نفقاتهم من نفس الثمرة يأكلونها قوتاً ففيه وجهان:

أحدهما: أنه جائز لوجود محلها، وأن الثمرة لما كانت لهما، وجاز اشتراط النفقة على كل واحد منهما جاز اشتراطها في الثمرة التي هي لهما.

والوجه الثاني: أنه باطل لأنه غير متعلق بذمة، ولا معلوم مستحق من عين، وهذا أصح الوجهين.

فصل: فإن أغفلا اشتراط النفقة، ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: باطلة، للجهل بمحل النفقة.

والوجه الثاني: جائزة لأن النفقة تبع للعقد، فلم يبطل بها العقد فعلى هذا فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها على العامل، لاستحقاق العمل عليه.

والوجه الثاني: أنها على رب النخل لاشتراط عملهم عليه، وأنه لما سقطت أجرتهم عن العامل سقطت نفقتهم عنه.

والوجه الثالث: أنها من وسط الثمرة، لاختصاص عملهم بها، فعلى هذا إن لم تأت الثمرة أخذ بها السيد حتى يرجع بها في الثمرة إذا أتت والله أعلم بالصواب.

مسائل المزني رحمه الله

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَهَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِهِ وَقِيَاسِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَمِنْ ذَلِكَ لَوْ سَاقَاهُ عَلَى نَخْلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً عَلَى أَنْ يَعْمَلَا فِيهَا جَمِيعاً لَمْ يَجُزْ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ قِيَاساً عَلَى شَرْطِ الْمُضَارَبَةِ يَعْمَلَانِ فِي الْمَالِ جَمِيعاً فَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ أَعَانَهُ مَعُونَةً مَجْهُولَةَ الْغَايَةِ بِأُجْرَةٍ مَجْهُولَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا شرط العامل أن يعمل معه رب النخل في المساقاة ورب المال في المضاربة بطل العقد في المساقاة والمضاربة.

واختلف أصحابنا في علة بطلانه، فذهب المزني إلى أن العلة فيه اشتراكهما في العمل مع اختلافهما فيه يفضي إلى جهالة ما يستحق على العامل من عمله، والعمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة، ولهذا المعنى بطلت شركة الأبدان لاختلاف عمل الشريكين.

وهذا التعليل مدخول باشتراط عمل غلام رب المال لأن عمله مخالف لعمل العامل كما يخالف عمل سيده.

وذهب أبو إسحاق المروزي إلى أن علة بطلانه أنه إذا شرط عمل رب النخل صار مستحقاً للعوض على عمله وعمل غيره فبطل.

وهذا مدخول بمثل ما دخل به تعليل المزني ويدخل على العلتين جميعاً إذا ساقى رجلين.

وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أن العلة فيه أن المساقاة ما تميز فيها رب النخل بالمال والعامل بالعمل، فإذا شرط العمل على رب المال فسدت، كما لو شرط المال على العامل بطلت، لتغيير ما أوجبه العقد من أحكامه في المتعاقدين.

وهذا التعليل أيضاً مدخول بما ذكرنا من عمل غلمان رب النخل.

والذي أذهب إليه أن تعليل بطلانه هو أن اشتراط عمل رب النخل فيها يقتضي لزوم ذلك، والإنسان لا يلزمه العمل في ماله فصار هذا الشرط باطلاً، وأبطل ما شرطه فيه، وليس عمل غلمانه مستحقاً على بدنه، وإنما هو حق تعلق بماله كما يتعلق به غير ذلك من الحقوق.

فصل: فعلى اختلاف هذا التعليل لو شرط العامل على رب النخل جنساً من العمل فيها معلوماً كالسقي أو التلقيح جاز على تعليل المزني لانتفاء الجهالة عنه، ولم يجز على تعليل من سواه وبالله التوفيق.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى النِّصْفِ عَلَى أَنْ يُسَاقِيَهُ فِي حَائِطٍ آخَرَ عَلَى الثُّلُثِ لَمْ يَجُزْ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ كَالْبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ وَلَهُ فِي الْفَاسِدِ أَجْرُ مِثْلِهِ فِي عَمَلِهِ».

قال الماوردي: وهما مسألتان إحداهما أن يكون لرب النخل حائط شرقي وللعامل حائط غربي، فيقول رب النخل قد ساقيتك على حائطي الشرقي على النصف على أن تساقيني أيها العامل على حائطك الغربي على الثلث، فهذا باطل، وهوكالبيعتين في بيعة، في الصورة والمعنى، لأن قوله قد ساقيتك على أن تساقيني كقوله بعتك داري على أن تبيعني عبدك.

والمسألة الثانية: أن يكون الحائطان معاً لرب النخل، أحدهما شرقي والآخر غربي، فيقول رب النخل: قد ساقيتك على حائطي الشرقي على النصف على أن أساقيك على حائطي الغربي على الثلث، فهذا باطل.

قال المزني وهو كالبيعتين في بيعة.

فاختلف أصحابنا في صحة هذا التشبيه في الصورة والمعنى، فذهب أبو علي الطبري إلى فساد هذا التشبيه وأنه في معنى بيع وشرط لا أنه في معنى بيعتين في بيعة.

وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنه تشبيه صحيح، وأنه كالبيعتين في بيعة في المعنى والصورة، لأن حقيقة البيعتين في بيعة أن يجعل أحد العقدين مشروطاً في الآخر، وسواء كان البائع فيهما واحداً أومختلفاً وإنما فسدت المساقاة في هاتين المسألتين مع ما ذكرناه من التشبيه بالبيعتين لأن اشتراط أحد العقدين في الآخر يوجب استدراك ما حصل من زيادة العقد الأول مجبوراً بنقص العقد الثاني، أو استدراك نقصان الأول مجبوراً بزيادة الثاني، فصار العوض في كل واحد من العقدين معتبراً بالشرط فبطل.

فصل: فأما إن قال رب النخل والحائطان جميعاً له: قد ساقيتك في حائطي الشرقي على النصف، وأساقيك على حائطي الغربي على الثلث ولم يجعل أحد العقدين شرطاً في الآخر صح العقد الأول لأنه ناجز ولم يصح الثاني لأنه موعد والله أعلم.

فصل: وإذا بطلت المساقاة في إحدى هذه المسائل بمعنى من هذه المعاني، وقد عمل العامل في النخل عملاً فلا حق له في الثمرة وله أجرة مثله في العمل كالمضاربة.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ سَاقَاهُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَلَى النِّصْفِ وَالآخَرُ نَصِيبَهُ عَلَى الثُّلُثِ جَازَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان النخل بين رجلين جاز أن يساقيا عليها رجلاً مساقاة متفقة ومختلفة، فالمتفقة: أن يساقياه على أن له النصف من حصة كل واحد منهما، والمختلفة: أن يساقياه على أن له النصف من حصة أحدهما والثلث من حصة الآخر، وإنما

كان كذلك لأن المساقاة إن ألحقت بالإجارات فمثل ذلك في الإجارات جائز، وإن ألحقت بالبياعات فمثل ذلك في البياعات جائز.

وخالفت المساقاة الكتابة لأن العبد إذا كان بين شريكين وأرادا كتابته لم يجز أن يتفاضلا في العوض حتى يكونا فيه سواء.

والفرق بينهما أن مال الكتابة مأخوذ من الكسب المستحق بالملك فلما تساويا في الملك و الكسب وجب أن يتساويا في العوض، وليس ما يأخذه العامل من الثمرة مستحقاً بالملك وإنما هو مستحق بالعمل فجاز أن يتفاضلا فيه، ألا ترى أن الثمرة إذا استحقها الشريكان بالملك لم يجز أن يتفاضلا فيها كالكتابة.

فصل: فإذا ثبت جواز مساقاتها على التساوي والتفاضل فإن تساويا فيها وجعلا له النصف من حصة كل واحد منهما جاز، سواء علم حصة كل واحد منهما من النخل أو لم يعلمه، لأن ما يستحقه من جميع الثمرة معلوم، كما لو باع الوكيل عبداً مشتركاً بثمن واحد، ولم يبين حصص الشركاء فيه صح البيع.

وإن تفاضلا فيها وجعلا له النصف من حصة أحدهما، والثلث من حصة الآخر، فإن علم العامل حصة كل واحد منهما من النخل صحت المساقاة، وإن جهل ذلك ولم يعلمه بطلت لجهله بقدر ما يستحقه من الثمرة.

فصل:وإذا كانت النخل كلها لواحد فساقى عليها رجلين جاز، سواء تساوى بينهما أو فاضل كما جاز للرجلين مساقاة الواحد على مساوا عليها رجلين جاز،ل لكل واحد من العاملين ربع الثمرة فقد ساوى بينهما، وإن جعل لأحدهما الربع وللآخر الثلث فقد فاضل، والمساقاة جائزة، كما لو استأجر أجيرين في عمل واحد بأجرة متفاضلة.

مسألة : **قَالَ المُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَلَو سَاقَاه عَلَى حَائِطٍ فِيهِ أَصْنَافٌ مِنْ دَقِلٍ وَعَجْوَةٍ وَصيحَانِيٍّ عَلَى أَنَّ لَهُ مِنَ الدَّقَلِ النِّصْفَ وَمِنَ العَجْوَةِ الثُّلُثَ وَمِنَ الصيحَانِيِّ الرُّبُعَ وَهُمَا يَعْرِفَانِ كُلَّ صِنْفٍ كَانَ كَثَلاَثَةِ حَوَائِطَ مَعْرُوفَةٍ وَإِنْ جَهِلاَ أَوْ أَحَدُهُمَا كُلَّ صِنْفٍ لَمْ يَجُزْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا جمع الحائط أصنافاً من النخل فساقاه على جميعها على النصف من سائر أصنافها جاز، ولو خالف بين أصنافها فساقاه على النصف من البرني وعلى الثلث من المعقلي وعلى الربع من الابراهيمي نظر فإن علما قدر كل صنف منها جاز، وصار كثلاثة حوائط ساقاه من أحدهما على النصف ومن الآخر على الثلث ومن الآخر على الربع، إذ لا فرق بين أن تتميز النخل ببقاعها وبين أن تتميز بأصنافها.

وإن جهلا أو أحدهما قد ركل صنف منها لم يجز، وكانت المساقاة باطلة للجهل بقدر ما يستحقه من ثمرها وصار كما لو ساقاه من ثلاثة حوائط على النصف من أحدها ولم يعينه

وعلى الثلث من آخر لم يذكره وعلى الربع من آخر لم يميزه كان العمل باطلاً، وللعامل في ذلك أجرة مثله إن عمل.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ ثُلُثَ الثَّمَرَةِ وَلَمْ يَقُولاَ غَيْرَ ذَلِكَ كَانَ جَائِزاً وَمَا بَعْدَ الثُّلُثِ فَهُوَ لِرَبِّ النَّخْلِ وَإِنْ اشْتَرَطَا أَنَّ لِرَبِّ النَّخْلِ ثُلُثَ الثَّمَرَةِ وَلَمْ يَقُولاَ غَيْرَ ذَلِكَ كَانَ فَاسِداً لأَنَ العَامِلَ لَمْ يَعْلَمْ نَصِيبَهُ وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ ثَمَرَ النَّخْلِ لِرَبِّهَا أَلاَّ مَا شُرِطَ مِنْهَا لِلْعَامِلِ فَلاَ حَاجَةَ بِنَا إِلَى المَسْأَلَةِ بَعْدَ نَصِيبِ العَامِلِ لِمَنِ البَاقِي وَإِذَا اشْتَرَطَ رَبُّ النَّخْلِ لِنَفْسِهِ الثُّلُثَ وَلَمْ يُبَيِّنْ نَصِيبَ العَامِلِ مِنَ البَاقِي فَنَصِيبُ العَامِلِ مَجْهُولٌ وَإِذَا جَهِلَ النَّصِيبَ فَسَدَتِ المُسَاقَاةُ».

قال الماوردي: اعلم أن عقد المساقاة بينهما لا يخلو من أربعة أقسام:

أحدها: أن يبينا فيه نصيب كل واحد منهما، مثل أن يقول رب النخل على أن لي نصف الثمرة، ولك نصفها أو لي ثلثاها ولك ثلثها. فهذا وضح أحوالهما في إبانة نصيب كل واحد منهما، وأوكد ما يتعاقدان عليه.

والقسم الثاني: أن يبين نصيب العامل ودون رب النخل مثل أن يقول قد ساقيتك على أن لك أيها العامل ثلث الثمرة، فالمساقاة جائزة، ويكون الباقي بعد ثلث العامل لرب النخل لأن جميعها على أصل ملكه، وصار كالعموم إذا خص بعضه كان باقيه محمولاً على موجب عمومه.

والقسم الثالث: أن يبين رب النخل نصيب نفسه دون العامل، مثل أن يقول قد ساقيتك على أن لي ثلث الثمرة، فمذهب المزني أن المساقاة في ذلك باطلة، وهو قول جمهور أصحابنا.

وقال أبو العباس بن سريج وأبو العباس ابن القاص: أن المساقاة جائزة لأن قوله ساقيتك يوجب اشتراكهما في الثمرة فكان بيانه لنصيب نفسه دليلاً على أن الباقي للعامل كما كان بيانه لنصيب العامل دليلاً على أن الباقي لنفسه وصار كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[النساء ١١٠] فعلم أن الباقي بعد ثلث الأم للأب، وهذا الذي قاله أبو العباس خطأ، والفرق بين الموضعين أن الثمرة لرب النخل، فإذا بين سهم العامل منها صار استثناء خالف حكم الأوصل فصار بياناً، وإذا بين نصيب نفسه لم يكن ذلك استثناء لأنه وافق حكم الأصل، إذ جميع الثمرة له، فلم يصر بياناً.

ويشبه أن يكون اختلاف المزني، وابى العباس محمولاً على اختلاف حكم هل هو شريك أو أجير، فحمل المزني ذلك من قوله على أن العامل أجير، وحمل أبو العباس ذلك من قوله على أن العامل شريك.

فلو قال رب النخل قد ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة ولي نصفها وأغفل ذكر السدس الباقي غلب في ذلك بيان نصيب العامل إذ ليس له أكثر من المسمى، وصحت المساقاة، لأنه لو بين نصيب العامل وأغفل ذكر الباقي كله صحت المساقاة، فإذا أغفل بعضه كانت المساقاة أولى بالصحة، وكان ما سوى ثلث العامل من النصف المسمى والسدس الباقي لرب النخل.

والقسم الرابع: أن لا يبين نصيب نفسه ولا نصيب العامل مثل أن يقول «قد ساقيتك» فالمساقاة باطلة، لأن المساقاة قد تختلف، فصار الاقتصار على هذا مفضياً إلى جهالة تمنع من صحة العقد، ولكن لو قال له قد ساقيتك على أن الثمرة بيننا، فعند أبي العباس بن سريج أن المساقاة صحيحة، وتكون الثمرة بينهما نصفين، لأن ظاهر اشتراكهما في الثمرة يوجب تساويهما فيها.

وذهب سائر أصحابنا إلى أن المساقاة باطلة، لأنها قد تكون بينهما على تساوي وتفاضل فلم يكن حملها على التساوي في الإطلاق بأولى من حملها على التفاضل فبطلت.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَتِ النَّخْلُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَسَاقَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ ثُلُثَي الثَّمَرَةِ مِنْ جَمِيعِ النَّخْلِ وَلِلآخَرِ الثُّلُثَ كَانَ جَائِزاً لأَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّهُ سَاقَى شَرِيكَهُ فِي نِصْفِهِ عَلَى ثُلُثِ ثَمَرَتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا كانت النخل بين شريكين فساقى أحدهما صاحبه على أن يعمل فيها وله الثلثان من جميع ثمرها فهذه مساقاة جائزة لأن له ملكاً وعملاً، فكان له النصف بالملك والسدس الزائد عليه بالعمل. فاختصت المساقاة بالثلث من حق الشريك وهو النصف، وذلك سدس الكل.

ومثله في المضاربة أن يكون ألف بين شريكين ضاربة عليها على ان يعمل فيها وحده وله الثلثان من الربح، فتكون المضاربة جائزة، وهي على الثلث من حصة الشريك، لأنه يأخذ النصف بالملك والسدس الزائد بالعمل.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ سَاقَى شَرِيكَهُ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ الثُّلُثَ وَلِصَاحِبِهِ الثُّلُثَين لَمْ يَجُزْ كَرَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا أَلْفُ دِرْهَمٍ قَارَضَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فِي نِصْفِهِ فَمَا رَزَقَ اللَّهُ فِي الأَلْفِ مِنْ رِبْحٍ فَالثُّلُثَانِ لِلْعَامِلِ وَلِصَاحِبِهِ الثُّلُثُ فإِنَّمَا قَارَضَهُ فِي نِصْفِهِ عَلَى ثُلُثِ رِبْحِهِ فِي نِصْفِهِ وَلَوْ قَارَضَهُ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ ثُلُثَ الرِّبْحِ وَالثُّلُثَيْنِ لِصَاحِبِهِ لَمْ يَجُزْ لأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ أَنْ عقدَ لَهُ العَامِلُ أَنْ يَخْدِمَهُ فِي نِصْفِهِ بِغَيْرِ بَدَلٍ وَسَلَّمَ لَهُ مَعَ خِدْمَتِهِ مِنْ رِبْحِ نِصْفِهِ تَمَامَ ثُلُثَي الجَمِيعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ فَإِنْ عَمِلَ المُسَاقِي فِي هَذَا أَوِ المُقَارِضُ فَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَلاَ أُجْرَةَ لِلْعَامِلِ لأَنَّهُ عَمِلَ عَلَى غَيْرِ بَدَلٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ساقى أحد الشريكين في النخل صاحبه على أن للعامل الثلث من جميع الثمرة كانت المساقاة فاسدة، لأن المساقاة عقد معاوضة توجب استحقاق عوض في مقابلة عمل، فإذا شرط اسقاط العوض فيها نافى موجبها، فبطلت، والعامل إذا شرط ثلث الثمرة فقد أسقط ثلث ما يستحقه بالملك، لأنه قد كان يستحق النصف، فاقتصر على الثلث، وصار باذلاً لعمله بغير بدل.

فإذا بطلت المساقاة بما ذكرت وجب أن تكون الثمرة بينهما نصفين بالملك قال المزني: ولا أجرة للعامل في عمله، لأنه لما بذل العمل على غير بدل صار متطوعاً به وبهذا قال أبو إسحاق المروزي، وجمهور أصحابنا.

وقال أبوالعباس بن سريج: له أجرة مثله لأنها مساقاة فاسدة، والعقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح، وإن شرط فيه إسقاط البدل. ألا ترى أنه لو باعه ثوباً بخمر أو خنزير كان ضامناً لقيمته، وإن لم يكن للخمر والخنزير قيمة، لأن عقد البيع موجب لاستحقاق العوض، وهكذا لو قال بعتك هذا الثوب على أن لا ثمن عليك كان المشتري ضامناً لقيمته، وإن شرط سقوط العوض، لأن البيع موجب للضمان وهكذا لو قال أجرتك هذه الدار على أن أجرة عليك ضامناً للأجرة اعتباراً بحال العقد دون الشرط، كذلك في المساقاة.

وهذا الذي قاله أبو العباس، وإن كان له وجه، فالفرق بينه وبين المساقاة ممكن، وهو أن مشتري الثوب على أن لا ثمن عليه ومستأجر الدار على أن لا أجرة عليه، هما المستهلكان ملك غيرهما، فضمنا العوض مع ما شرط من شروط العوض تغليباً لحكم العقد، وفي المساقاة هو المستهلك عمل نفسه، فغلب فيه حكم التطوع بالشرط على حكم العقد.

فصل: ولو ساقا أحدهما صاحبه والنخل بينهما نصفان على أن للعامل نصف الثمرة كانت المساقاة فاسدة لأن عمله فيها هدر لا بدل له وتكون الثمرة بينهما نصفين بالملك دون العقد، ولا أجرة للعامل على قول المزني، وله الأجرة على قول ابن سريج ولكن لو شرطا أن يكون للعامل نصف الثمرة، وهو يملك أقل من نصف النخل صحت المساقاة، لأن ما فضل عن قدرة ملكه يصير مقابلة عمله.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ سَاقَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى نَخْلٍ بَيْنَهُمَا سَنَةً مَعْرُوفَةً عَلَى أَنْ يَعْمَلاَ فِيهَا جَمِيعاً عَلَى أَنَّ لأَحَدِهِمَا الثُّلُثَ وَالآخَرَ الثُّلُثَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِمُسَاقَاتِهِمَا مَعْنًى فَإِنْ عَمِلاَ فَلأَنْفسهِمَا عَمِلاَ وَالثَّمَرُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

قال الماوردي: وصورتها في نخل بين شريكين بالسوية ساقى أحدهما صاحبه على أن يعملا فيها جميعاً، على أن لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين فهذه مساقاة باطلة لعلتين:

إحداهما: أن العامل فيها لا يتميز من رب المال.

والعلة الثانية: أن عمل أحدهما على غير بدل، وإذا بطلت المساقاة بذلك وجب أن تكون الثمرة بينهما نصفين بالملك، وفي عملهما وجهان:

أحدهما: أنه هدر لا يراعى فيه التفاضل، ولا يستحق فيه أجرة لأنه تبع للمال، كالشريكين في المال يقتسمان الربح بينهما بالسوية، اعتباراً بالمال، وإن تفاضلا في العمل لأن عملهما تبع للمال، فلم يراعى فيه التفاضل ولم يضمن بالأجرة.

وهذا مخرج من قول الشافعي أن العامل شريك، فعلى هذا لا أجرة لواحد منهما على صاحبه، وإن زاد عليه في عمله.

الوجه الثاني: أن العمل معتبر يراعي فيه التفاضل ويستحق فيه الأجر. كالشريكين بأبدانهما، يقتسمان الكسب على أجور أمثالهما، وبحسب تفاضلهما في أعمالهما، وهذا مخرج من قول الشافعي رضي الله عنه «أن العامل أجير» فعلى هذا يرجع من شرط لنفسه ثلثي الثمرة على صاحبه بنصف أجرة مثله لأنه شرط على عمله بدلاً، ولم يبذله تطوعاً فاستحق نصف الأجرة، وسقط نصفها، لأن نصف عمله في ملك نفس، فلم يرجع ببدله ونصفه في ملك شريكه فرجع ببدله.

فأما المشترط لنفسه ثلث الثمرة، فعلى مذهب المزني لا يرجع بشيء من أجرته تغليباً للشرط، وعلى مذهب أبي العباس بن سريج يرجع بنصف أجرته تغليباً للعقد.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ سَاقَى رَجُلٌ رَجُلاً نَخْلاً مُسَاقَاةً صَحِيحَةً فَأَثْمَرَتْ ثُمَّ هَرَبَ العَامِلُ اكْتَرَى عَلَيْهِ الحَاكِمُ فِي مَالِهِ مَنْ يَقُومُ فِي النَّخْلِ مُقَامَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا هرب العامل في المساقاة وقد بقي من عمله ما لا صلاح للنخل والثمرة إلا به، وجب أن يلتمسه الحاكم عند استعداء رب النخل إليه، وإقامة البينة عنده بالعقد ليأخذه بالباقي من عمله، لأن عقد المساقاة لازم يستحق فيه على العامل أجرة العمل، وعلى رب النخل الثمر. فإن بعد العامل عن الحاكم فلم يقدر عليه استأجر فيما وجد من ماله أجيراً يقوم مقامه في الباقي من عمله، ثم قاسم الحاكم رب النخل على الثمرة فأخذ منها حصة العامل ليحفظها عليه، فإن لم يجد للعامل مالاً يأخذه منه أجرة الأجير النائب عنه، استدان عليه قرضاً من رب النخل، أو غيره أو من بيت المال، ليقضي ذلك عند حصول حصة العامل من الثمرة فإن لم يجد من يستدين منه قرضاً نظر في الثمرة، فإن كانت بادية الصلاح بيع من حصة العامل فيها بقدر أجور الأجراء، وإن كانت غير باديه الصلاح فالمعاوضة عليهامتعذرة لا سيما مع الإشاعة، فليس يمكن أن يستوفي من العامل ما بقي عليه من العمل، وفيه وجهان:

أحدهما: وهو يحكي عن أبي علي بن أبي هريرة: أن الحاكم يساقي عليها لأجل

الباقي من العمل فيها رجلاً آخر يسهم مشاع في الثمرة يدفعه إليه من حصة العامل عند حصول الثمرة، وتناهيها، ويعزل الباقي من حصته - إن بقي - محفوظاً له إن عاد، ويأخذ رب المال حصته منه.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي: أن يقال لرب النخل: قد تعذر استيفاء ما بقي من العمل على العامل، وهذا عيب يوجب الخيار في المقام على المساقاة أو الفسخ، فإن أقام عليها صار متطوعاً بالباقي من العمل وللعامل حصته من الثمرة، وإن فسخ صار العقد منفسخاً في الباقي من العمل.

ثم الصحيح من مذهب الشافعي لزومه في الماضي من العمل، وتكون حصة العامل من الثمرة مقسطة على العملين الماضي منه والباقي، فيستحق العامل منها ما قابل الماضي من عمله، ويستحق رب النخل ما قابل الباقي من عمله مضموماً إلى حصته.

فصل: فأما إن كان رب النخل عند هرب العامل لم يأت الحاكم، واستأجر من ماله من عمل باقي العمل فإن فعل ذلك مع القدرة على الحاكم كان متطوعاً بما أنفق والعامل على حقه في الثمرة، وإن فعل ذلك لتعذر الحاكم نظر، فإن لم ينو الرجوع بما أنفق أو نوى الرجوع ولم يشهد فهو متطوع بالنفقة لا يرجع بها، والعامل على حقه من الثمرة، وإن نوى الرجوع وأشهد ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع بها للضرورة وإن ما فعله هو غاية ما في وسعه.

والثاني: لا يرجع بها لأنه يصير حاكماً لنفسه على غيره، وهذا لا يجوز في ضرورة ولا غيرها والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِنْ عَلِمَ مِنْهُ سَرِقَةً فِي النَّخْلِ وَفَسَاداً مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ وَتُكُورِيَ عَلَيْهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ».

قال الماوردي: أعلم أن على العامل في الثمرة حقين: أحدهما: حفظها، والثاني: أداء الأمانة فيها، فإن ظهر منه تقصير في الحفظ أخذ به واستؤجر عليه من يحفظها من ماله، وإن ظهرت منه خيانة في الثمرة وسرقة لها بإقرار منه أو بينة قامت عليه، أو بيمين المدعي عند نكوله منع من الثمرة ورفعت يده عنها(قال المزني ههنا) ويكارى عليه من ماله من يعمل في الثمرة، وقال في موضع آخر استأجر عليه الحاكم أميناً يضمه إليه ليقوم بحفظ الثمرة، وليس ذلك على اختلاف قول منه في الحكم، وإنما هو مردود إلى اجتهاد الحاكم ليحكم بما يراه من هذين الأمرين، وكلاهما جائز.

فأما إن ادعى رب النخل الخيانة والسرقة، والعامل منكر لهما ولا بينة تقوم بها فالقول فيها قول العامل مع يمينه، وهو على تصرفه في الثمرة لا ترفع يده عنها بمجرد الدعوى، فإن

أراد رب النخل بدعوى السرقة الغرم لم تسمع الدعوى منه إلا معلومة، وإن أراد رفع يد العامل بها عن الثمرة ففيه وجهان:

أحدهما: تسمع مجهولة لاستواء الحكم في رفع يده بقليل السرقة وكثيرها.

والوجه الثاني: لا تسمع إلا معلومة، لأن رفع يده بها فرع على استحقاق الغرم فيها، فصار حكم الغرم أغلب.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ أَنْفَقَ رَبُّ النَّخْلِ كَانَ مُتَطَوِّعاً بِهِ وَيَسْتَوْفِي العَامِلُ شَرْطَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ وَإِنْ مَاتَ قَامَتْ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن عقد المساقاة لازم لا يبطل بالموت فإن مات رب النخل كان العامل على عمله من الثمرة قدر شرطه، والباقي مقسوم بين ورثة رب النخل على فرائضهم، وإن مات العامل فإن قام وارثه بباقي العمل أخذ حصة العامل في الثمرة وإن امتنع لم يجبر على العمل، لأن ما لزم الميت من حق فهو متعلق بتركة ولا يتعلق بوارث وإذا كان كذلك يعادي على العامل من تركة من يقوم مقامه من الباقي من عمله وإن لم يكن له تركة لم يجز أن يستدان عليه بخلاف الهارب، لأن الميت لا ذمة له ويكون حكمه كحكم الهارب إذا تقررت الاستدانة عليه فيكون على ما ذكرناه من وجهين:

مسألة: قَالَ المزني رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ عَمِلَ فِيهَا العَامِلُ فَأَثْمَرَتْ ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَبُّهَا أَخَذَهَا وَثَمَرَهَا وَلَا حَقَّ عَلَيْهِ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا العَامِلُ لِأَنَّهَا آثَارٌ لَا عَيْنٌ وَرَجَعَ العَامِلُ عَلَى الدَّافِعِ بِقِيمَةِ عَمَلٍ فَإِنِ اقْتَسَمَا الثَّمَرَةَ فَأَكَلَاهَا ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَبُّهَا رَجَعَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَكِيلَةِ الثَّمَرَةِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا الدَّافِعُ لَهَا وَرَجَعَ الدَّافِعُ عَلَى العَامِلِ بِالمَكِيلَةِ الَّتِي غَرِمَهَا وَرَجَعَ العَامِلُ عَلَى الَّذِي اسْتَعْمَلَهُ بِأَجْرِ مِثْلِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ساقى رجلاً على نخل في يده، ثم استحقت النخل من يد العامل فلا يخلو حال العامل بعد استحقاق النخل من يده من أن يكون قد عمل فيها عملاً أم لا، فإن لم يكن قد عمل فيها عملاً فلا شيء له على المساقي ولا على رب النخل، وإن عمل فيها عملاً فلا يخلو حال النخل من أن تكون قد أثمرت أو لم تثمر، فإن لم تكن قد أثمرت استرجعها ربها ولا شيء له سواها، وللعامل على المساقي أجرة مثل عمله، لأنه قد فوت عليه عمله على عوض فاسد، فوجب أن يرجع بقيمة العمل، وهو أجرة المثل.

وإن اثمرت النخل فلا يخلو حال الثمرة من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون حصة كل واحد منهما باقية بيده، فيرجع رب النخل على كل واحد من العامل والمساقي بما حصل بيده من الثمرة، لأن نماء المغصوب حادث على ملك ربه، دون غاصبه. ثم للعامل أن يرجع على المساقي بأجرة مثل عمله لتفويته ذلك عليه، فإن

قيل: فاستحقاق الثمرة جار مجرى تلفها، وتلف الثمرة لا يوجب عليه رجوع العامل على المساقي بأجرة عمله، قيل: انما يمتنع رجوعه بالأجرة عند تلف الثمرة لصحة العقد، واستحق الرجوع بالأجرة عند استحقاق النخل لفساد العقد.

والقسم الثاني: أن تكون حصة كل واحد منهما قد استهلكها، فلرب المال أن يرجع على كل واحد منهما، فإن كانا قد استهلكاها بسراً أو رطباً أو تمراً مكنوزاً رجع بقيمتها، وإن كانا قد استهلكاها تمراً بثاً رجع بمثلها لأن للتمر البث مثلاً، وليس لغير البث مثل، ثم رب النخل بالخيار بين يرجع على كل واحد منهما بمثل ما استهلكه، وبين أن يرجع على المساقي بمثل جميع الثمرة فإن رجع على كل واحد منهما بمثل ما استهلكه فلا تراجع لم ' د منهما على صاحبه بشيء من الثمرة، وإنما يرجع العامل على المساقي بأجرة مثل عمله لتفويته إياه عليه، وإن رجع على المساقي بجميع الثمرة رجع المساقي على العامل بمثل ما استهلكه منها، ورجع العامل على المساقي بأجرة مثله.

والقسم الثالث: أن تكون حصة المساقي باقية بيده، وحصة العامل مستهلكة فيرتجع رب النخل ما بيد المساقي من الثمرة، ثم هو فيما استهلكه العامل مخير بين أن يرجع به على العامل، ولا يرجع به العامل على المساقي، ولكن يرجع بأجرة مثله، وبين أن يرجع به على المساقي ويرجع المساقي به على العامل ويرجع العامل بأجرة مثله على المساقي.

والقسم الرابع: أن تكون حصة المساقي مستهلكة، وحصة العامل باقية بيده فيرجع رب النخل على العامل بما بيده من الثمرة، ويرجع على المساقي بما استهلكه منها، ولا يجوز أن يرجع به على العامل، لأن العامل يضمن باليد فلم يلزمه إلا ضمان ما حصل بيده، والمساقي يضمن بالعدوان فلزمه ضمان ما حصل بعد عدوانه ثم للعامل أن يرجع على المساقي بأجرة مثله.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّهُ سَقَاهَا بِمَاءِ سَمَاءٍ أَوْ نَهْرٍ فَلَهُ الثُّلُثُ وَإِنْ سَقَاهَا بِالنَّضْحِ فَلَهُ النِّصْفُ كَانَ هَذَا فَاسِداً لأَنَّ عَقْدَ المُسَاقَاةِ كَانَ وَالنَّصِيبُ مَجْهُولٌ وَالعَمَلُ غَيْرُ مَعْلُومٍ كَمَا لَوْ قَارَضَهُ بِمَالٍ عَلَى أَنَّ مَا رَبِحَ فِي البَرِّ فَلَهُ الثُّلُثُ وَمَا رَبِحَ فِي البَحْرِ فَلَهُ النِّصْفُ فَإِنْ عَمِلَ كَانَ لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح والتعليل مستقيم، وفساد العقد من وجهين:

أحدهما: جهالة العمل لتردد بين السقي بماء السماء والنضح.

والثاني: جهالة العوض لتردده بين الثلث والنصف.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنِ اشْتَرَطَ الدَّاخِلُ أَنَّ أُجْرَةَ الأُجَرَاءِ مِنَ الثَّمَرَةِ فَسَدَتِ المُسَاقَاةَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لمعان:

أحدها: أن الثمرة قد تحلق ولا تحلق فلم يجز أن تكون عوضاً على عمل.

والثاني: أن الأجرة غير ثابتة في ذمة ولا هي استحقاق جزء من عين.

والثالث: أنه قد يستوعب الثمرة فلا يحصل لرب النخل ولا للعامل شيء.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِيٍ لِوَقْتٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُثْمِرُ إِلَيْهِ لَمْ يَجُزْ».

أما الودي فهو الفسيل الذي لم يحمل بعد، فإذا ساقى عليه رجلاً فلا يخلو حال الفسيل في العرف المعهود من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم في غالب العرف أنه يحمل في مدة المساقاة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعلم بالعرف أنه يحمل في جميع سني المساقاة فالمساقاة جائزة، فإن لم يحمل الفسيل فلا شيء للعامل على ربه كما لو حال النخل الطويل فلم يحمل.

والضرب الثاني: أن يعلم بالعرف أنه يحمل في آخر سني المساقاة مثل أن يساقيه على فسيل خمس سنين يعلم بغالب العرف أنه يحمل في الخامسة ولا يحمل فيما قبلها ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: أنها باطلة لتفويت عمله في الأعوام المتقدمة بغير بدل.

والثاني: أنها جائزة. وهو قول ابن أبي هريرة، وأبي علي الطبري، لأن ثمرة السنة الأخيرة عوض عن عمله في السنين الماضية، كما تكون الثمرة في آخر السنة عوضاً عن عمله في أولها.

والحالة الثانية: أن يعلم بغالب العرف أن الفسيل لا يحمل في مدة المساقاة كلها، فالمساقاة باطلة لعدم العوض المستحق على العامل، فإن عمل العامل فيها عملاً، فعلى قول المزني: لا أجرة له، لأنه رضي بأن لا يأخذ على عمله بدلاً.

وعلى قول أبي العباس بن سريج له أجرة مثله، لأنه دخل على مساقاة فاسدة، فلو اثمر هذا الفسيل الذي كان العرف في مثله أنه لا يحمل لم تصح المساقاة بعد انعقادها على الفساد، وكانت الثمرة، وأجرة العامل على ما مضى من الاختلاف.

والحالة الثالثة: أن يجوز في غالب العرف أن يحمل ويجوز أن لا يحمل والأمران على سواء ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي اسحق المروزي: أنها باطلة لترددها بين جائز وغير جائز.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن المساقاة جائزة، كما أن ربح المضاربة مجوز، ولا يمنع ذلك من صحة العقد، وكما لو أذن له بالمضاربة في سفر مخوف صح العقد، وإن جاز تلف المال كجواز سلامته.

فعلى الوجه الأول: له أجرة مثله إن عمل أثمرت النخل أو لم تثمر؛ لأن حدوث الثمرة مجوز، فلم يفوت عمله بغير بدل.

وعلى الوجه الثاني: أن أثمرت كان له حقه من الثمرة، وإن لم تثمر فلا شيء له.

فصل: فلو دفع إليه أرضاً وسقاه على أن يغرس فيها فسيلاً ليكون ثمر الفسيل إذا أثمر بينهما لم يجز، وكان العقد فاسداً، لأن عقد المساقاة لم يصح لأنه لم يقع على عين قائمة.

مسألة: **قَالَ المزني** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوِ اخْتَلَفَا بَعْدَ أَنْ أَثْمَرَتِ النَّخْلُ عَلَى مُسَاقَاةٍ صَحِيحَةٍ فَقَالَ رَبُّ النَّخْلِ عَلَيَّ الثُّلُثُ وَقَالَ العَامِلُ بَلْ عَلَيَّ النِّصْفُ تَحَالَفَا وَكَانَ لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ كَانَ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ لَهُ بِهِ رَبُّ النَّخْلِ أَوْ أَقَلَّ وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى سَقَطَتَا وَتَحَالَفَا كَذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا اختلف رب النخل والعامل بعد اتفاقهما على أصل العقد في صفه من صفاته، كالعرض، فيقول رب النخل ساقيتك على الثلث ويقول العامل على النصف واختلفا في المدة أو في النخل، فانهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان بكونهما مختلفين في عقد معاوضة وقع الاختلاف في صفته، ما لم تقم بينة بما اختلفا فيه، فإذا تحالفا على ما مضى في البيوع فسخت المساقاة بينهما.

فإن لم يكن للعامل عمل فلا شيء له، وإن كان له عمل، فله أجره مثله سواه كان أقل مما ادعى أو أكثر، سواء أثمرت النخل أو لم تثمر، لأن العقد إذا ارتفع بالتحالف بطل المسمى، واستحق قيمة المتلف.

فإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف منهما دون الناكل، وإن كانت بينة عمل عليها من غير تحالف، والبينة شاهدان أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين.

فإن أقام كل واحد منهما بينة فقد تعارضتا، وفيهما قولان:

أحدهما: تسقط البينتان، ويرجعان إلى التحالف.

والثاني: يقرع بينهما فأيهما قرعت قرعته حكم بها، وهل يحلف صاحبها معها، أم لا؟ على قولين، فأما استعمال البينتين أو وقوفهما فلا يجيء في هذا الموضوع، أما استعمالها فلأن قسمة العقد لا تصح وأما وقوفهما فلأن وقوف العقد لا يجوز.

مسألة: **قَالَ المزني** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ دَفَعَا نَخْلاً إِلَى رَجُلٍ مُسَاقَاةً فَلَمَّا أَثْمَرَت

اِخْتَلَفُوا فَقَالَ العَامِلُ شَرَطْتُمَا لِيَ النِّصْفَ وَلَكُمَا النِّصْفُ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا وَأَنْكَرَ الآخَرُ كَانَ لَهُ مُقَاسَمَةُ المُقِرِّ فِي نِصْفِهِ عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ وَتَحَالَفَ هُوَ وَالمُنْكِرُ وَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ فِي نِصْفِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في نخل بين شريكين ساقيا عليها رجلاً واحداً في عقد واحد، ثم اثمرت النخل، فادعى العامل أنهما ساقياه على النصف من جميع الثمرة، فإن صدقاه سلم إليه النصف، وإن كذباه، وقالا بل ساقيناك على الثلث تحالف العامل والشريكان على ما مضى ثم له عليهما أجرة مثله.

ولو صدقه أحدهما وكذبه الآخر كان عقده مع المصدق سليماً وأخذ النصف من حصته، وكان عقده مع الآخر مختلفاً فيه، لأنهما عقدان يتميز حكمهما لتميز أحوالهما، فإن كان الشريك المصدق عدلاً جاز أن يشهد على شريكه مع شاهد آخر، لأن شهادة الشريك على شريكه مقبولة، فإن لم يشهد معه غيره جاز أن يحلف معه العامل، فيحكم له بشاهد ويمين لأنه مال، وأن لم يكن الشريك عدلاً تحالف العامل والشريك المكذب، فإذا حلفا فسخ العقد في حصته، وحكم له بالنصف من أجرة مثله.

مسألة: **قَالَ المزني** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ شَرَطَ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ النِّصْفَ وَمِنْ نَصِيبِ الآخَرِ بِعَيْنِهِ الثُّلُثَ جَازَ وَإِنْ جَهِلا ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ وَفُسِخَ فَإِنْ عَمِلَ عَلَى ذَلِكَ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ وَالثَّمَرُ لِرَبِّهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة، وذكرنا أنه يجوز للشريكين أن يساقيا رجلاً على عوض متساو ومتفاضل، غير أنه إذا تفاضل العوضان فلا بد أن يعين كل واحد منهما فيما عوض عليه من قدر، فإن جهل بطل للجهالة بما يستحق من حصته، والله أعلم.

مُخْتَصَرٌ مِنَ الجَامِعِ فِي الإِجَارَةِ مِنْ ثلاثة كُتُبٍ

فِي الإِجَارَةِ وَمَا دَخَلَ فِيهِ سِوَى ذَلِكَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: قال الله تَعَالَى: «﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وَقَدْ يَخْتَلِفُ الرَّضَاعُ فَلَمَّا لَمْ يُوجَدْ فِيهِ إِلَّا هَذَا جَازَتْ فِيهِ الْإِجَازَةُ وَذَكَرَهَا اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ وَعَمِلَ بِهَا بَعْضُ أَنْبِيَائِهِ فَذَكَرَ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ وَإِجَارتهُ نَفْسَهُ ثَمَانِيَ حِجَجٍ مَلَكَ بِهَا بُضْعَ أَمْرَأَتِهِ وَقِيلَ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى أَنْ يَرْعَى لَهُ غَنماً فَدَلَّ بِذَلِكَ عَلَى تَجْوِيزِ الإِجَارَةِ وَمَضَتْ بِهَا السُّنَّةُ وَعَمِلَ بِهَا بَعْضُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ وَلاَ اخْتِلاَفَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا وَعَوَامِّ أَهْلِ الأَمْصَارِ» (قال الشَّافِعِي) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَالإِجَارَاتُ صِنفٌ مِنَ الْبُيُوعِ لأَنَّها تَمْلِيكٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: عقد الإجارة على منافع الأعيان جائز وهو قول الصحابة والتابعين والفقهاء وحكى الشافعي خلاف بعض أهل الكلام فيها وهو ما حكي عن الأصم وابن علية أنها باطلة.

استدلالاً بنهي النبي ﷺ عن الغرر والغرر يدخل عقد الإجارة من وجوه شتى منها أن المنافع المستقبلة غير مخلوقة والعقد على ما لم يخلق الباطل.

ومنها أن العقد يتوجه إلى عين حاضرة ترى أو غائبة توصف وليست المنافع أعياناً حاضرة ولا غائبة فلم يصح العقد عليها ومنها أن منافع العبد المعقود عليه قد تختلف بحسب اختلاف قوته وضعفه ونشاطه وكسله. قال الشافعي وهذا قول جهل ممن قاله والإجارات أصول في أنفسها بيوع على وجهها والدلالة على جوازها قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

قال الشافعي (فأجاز الإجارة على الرضاع) والرضاع يختلف بكثرة رضاع المولود وقلته وكثرة اللبن وقلته ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه وإذا جازت عليه جازت على مثله وما هو في مثله معناه وهذا استدلال صحيح لأن جهالة الرضاع من وجهين: .

أحدهما: قلة اللبن وكثرته.

والثاني: قلة شرب الصبي وكثرته ثم صحت الإجارة فيه فكانت صحتها في غيره أولى واستدل الشافعي على ذلك (بقوله تعالى) ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ

﴿اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينَ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٦ ـ ٢٧] فذكر الله تعالى أن نبياً من أنبيائه آجر نفسه حججاً مسماة ملك بها بعض امرأة فدل على جواز الإجارة.

واختلفوا هل كان استئجار موسى لحجج تؤدى أو لعمل يستوفى فقال قوم بل كان على حجج استدلالاً بظاهر اللفظ وجعلوا ذلك دليلاً على جواز الإجارة على الحج. وقال آخرون: بل كان على عمل وهو رعي غنم ثماني سنين.

والعرب تسمي السنة حجة لأنه لا يقع في السنة الواحدة إلا حجة واحدة.

قال الشاعر:(١)

كأنِّي وَقَدْ جَاوَزْتُ سَبْعِينَ حُجَّةً خَلَعْتُ بِهَا عَنْ مَنْكِبِي دَائِيا

واستدل أبو إسحاق المروزي على جواز الإجارة من الكتاب بقوله تعالى في قصة موسى والخضر عليهما السلام: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾ [الكهف: ٧٧].

فدل ذلك من قول موسى عليه السلام وإمساك الخضر. على جواز الإجارة واستباحة الأجرة ويدل على ذلك من طريق السنة رواية أبي هريرة أن النبي ﷺ قال:

«أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه»(٢) وروى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة أن النبي ﷺ قال:

لا يَسْتَامُ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَتِهِ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا تَبِيعُوا بِإِلْقَاءِ الحَجَرِ وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ.

وروي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ رَجُلٌ بَاعَ حُراً فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ. ورجل أعطى بي صفقة يمينه ثم غدر(٣) وروي أن النبيّ ﷺ قال: أَيَعْجَزُ أَحَدُكُمْ أَنْ يَكُونَ كَصَاحِبِ الفَرَقِ وَذَكَرَ قِصَّةَ ثَلَاثَةٍ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّ أَحَدَهُمْ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً بِفَرَقٍ مِنْ بُرٍّ فَعَمِلَ وَلَمْ يَأْخُذْ أُجْرَتَهُ فَزَرَعَهُ لَهُ حَتَّى نَمَا وَصَارَ قَدْراً عَظِيماً ثُمَّ عَادَ الأَجِيرُ فَدَفَعَ إِلَيْهِ جَمِيعَهُ(٤).

---

(١) لم نهتد لقائله.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٤٤٣) والطبراني في الصغير ١/٢٠ وأبو نعيم في الحلية ٧/١٤٢ والخطيب في التاريخ ٥/٣٣ والطحاوي في مشكل الآثار ٤/١٤٤ وانظر نصب الراية ٤/٢٩ تلخيص الحبير ٣/٥٩.

(٣) أخرجه البخاري ٤/٤١٧ كتاب البيوع (٢٢٢٧) وابن ماجة (٢٤٤٢) والطحاوي في مشكل الآثار ٤/١٤٢ وابن الجارود (٥٧٩) وأحمد في المسند ٢/٣٥٨ والبيهقي في السنن ٦/١٢١.

(٤) أخرجه البخاري ٤/٤٧٧ كتاب البيوع (٢٢١٥).

وروي عنه ﷺ أَنَّهُ قَالَ: مَثَلُكُمْ فِيمنْ مَضَى كَرَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى زَوَالِهَا بِقِيرَاطٍ [١] الحديث وروي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَرَادَ الْهِجْرَةَ قَالَ: يَا عَلِيُّ أَرْيِدْ لَنَا دَلِيلاً مِنَ الأَزْدِ فَإِنَّهُمْ أَوْفَى لِلْعَهْدِ فَاسْتَأْجَرَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ أُرَيْقِطَ اللَّيْثِي مِنَ الأَزْدِ دَلِيلاً إِلَى الْمَدِينَةِ[٢].

وروي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا وُلِدَ ابْنَهُ إِبْرَاهِيمُ اسْتَأْجَرَ لَهُ ظِئْراً (يُقَالُ لَهَا) أُمُّ سَيْفٍ امْرَأَةُ قَيْنٍ بالمَدِينَةِ يُقَالُ لَهُ أَبُو يُوسُفَ[٣] وروى أبو أمامة قال: قُلْتَ لابْنِ عُمَرَ بِأَنِّي رَجُلٌ أُكْرِي إِبْلِي أَفَتُجْزِيءُ عَنِّي مِنْ حِجَّتِي فَقَالَ: أَلَسْتَ تُلَبِّي وَتَقِف وَتَرْمِي قُلْتُ: بَلَى.

قال ابن عمر: سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَجُلٌ عَمَّا سَأَلْتَنِي عَنْهُ فَلَمْ يُجِبْهُ حَتَّى أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] وروي أن علياً عليه السلام كَانَ يَسْقِي المَاءَ لامْرَأَةٍ يَهُودِيَّةٍ كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ[٤].

وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: نَشَأْت يَتِيماً وَهَاجَرْتُ مِسْكِيناً وَكُنْتُ أَجِيراً لِبُسْرَةَ بِنْت صَفْوَان بِعَقَبَةِ رَجْلِي وَطَعَامْ بَطْنِي فَكُنْتُ أَخْدِمُ إِذَا نَزَلُوا وَأَحْدُو إِذَا رَكِبُوا فَزَوَّجْنِيهَا اللَّهُ فَالحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ الدِّينَ قَوَاماً وَجَعَلَ أَبَا هُرَيْرَةَ إِمَاماً[٥].

ولأن الحاجة إلى الإجارة داعية والضرورة إليها ماسة لأنه ليس كل من أراد عملاً قدر عليه بنفسه ولا إن قدر عليه حسن به كما أنه ليس كل من أراد طعاماً لمأكله وثياباً لملبسه قدر على عمله بنفسه وعلى إحداثه وإنشائه فدعت الضرورة إلى الإجارة على المنافع كما دعت الضرورة إلى ابتياع الأعيان ثم كان البيع جائزاً فكذلك الإجارة.

وأما الجواب عن استدلالهم بنهيه عن الغرر فمن وجهين:

أحدهما: أنه ليس بغرر لأن حقيقة الغرر ما تردد بين جوازين على سواء والأغلب في الإجارة حال السلامة.

والثاني: أنه غرر خص بالشرع لقلته وضرورته.

وأما الجواب عن قولهم أنه عقد على ما لم يخلق كالبيع فهو أن بيع ما لم يخلق إنما بطل لأنه يمكن العقد عليه بعد أن خلق والمنافع لما لم يمكن العقد عليها بعد أن خلقت لفواتها جاز العقد عليها قبل أن تخلق وأما الجواب عن قولهم أنها ليست أعياناً حاضرة ولا غائبة فهو أنها منافع أعيان حاضرة فأشبه النكاح.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٦٨) وأحمد في المسند ٢/٦ والبيهقي في السنن الكبرى ١١٨/٦.
(٢) أخرجه البخاري (٥١٧) (٢٢٦٣).
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢٧/٦.
(٤) أخرجه الدارقطني ٢٩٢/٢ والبيهقي في السنن الكبرى ٢٢١/٦.
(٥) أخرجه ابن ماجة بإسناد صحيح ٨١٧/٢ (٢٤٤٥).

وأما الجواب عن قولهم أن المنافع تختلف من الوجوه التي ذكرت فهو أن العقد إن كان على منافع مضمونة في الذمة فهي معلومة غير مختلفة وإن كان على مدة فإنه يستوفي من العبد عمل مثله جبراً إن لم يؤده طوعاً حتى تنقضي مدة إجازته.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من جواز الإجارة فهي كالبيع يعتبر انعقادها بأربعة: بمؤجر ومستأجر ومؤاجر وأجرة فأما المؤجر فهو باذل المنفعة كالبائع وهو من صح بيعه صحت اجارته ومن لم يصح بيعه من مولى عليه وغاصب لم تصح إجارته وأما المستأجر فهو طالب المنفعة كالمشتري وهو من صح شراؤه صح استئجاره ومن لم يصح شراؤه من مولى عليه لم يصح استئجاره وأما المؤاجر فهو كل عين صح الانتفاع بها مع بقائها صحت إجارتها كالدور والعقار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعياناً كالنخل والشجر وما لم يصح الانتفاع به مع بقاء عينه لم تصح إجارته كالدراهم والمأكول لأن منفعة الدراهم بإزالتها عن الملك ومنفعة المأكول بالاستهلاك.

فإن استأجرهما لمنفعة تستوفى مع بقاء أعيانهما كاستئجار الدراهم للجمال واستئجار الطعام ليعتبر مكيال ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يصح لوجود المعنى من حصول الانتفاع مع بقاء العين.

والوجه الثاني: لايصح لأن هذا نادر من منافع ذلك والأغلب سواه فصار حكم الأغلب هو المغلب.

ولأن المنافع المضمونة بالإجارة هي المضمونة بالغصب ومنافع الدراهم والطعام لا تضمن بالغصب فلم يصح أن تضمن بالإجارة وهكذا ما كانت منافعه أعياناً من النخل والشجر لأن منافعهما ثمار هي أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها فلم يصح العقد عليها قبله وهكذا الغنم فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفي مع بقاء العين كالاستظلال بالشجر أو ربط مواش إليها أو سفن فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون هذا غالباً فيها ومقصوداً من منافعها فتصح الإجارة عليها. والثاني: أن يكون نادراً غير مقصود في العرف فيكون على ما مضى من الوجهين.

ثم العقد وإن توجه إلى العين فهو إنما تناول المنفعة لأن الأجرة في مقابلتها وإنما توجه إلى العين لتعيين المنفعة بها وقال أبو إسحاق المروزي: العقد إنما يتناول العين دون المنفعة ليستوفى من العين مقصوده من المنفعة لأن المنافع غير موجودة حين العقد فلم يجز أن يتوجه العقد إليها وهذا خطأ.

ألا ترى أنه قد يصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة إلى عين كرجل استأجر من رجل عملاً مضموناً في ذمته وإذا كان كذلك فلا بد أن تكون المنفعة معلومة كما لابد أن يكون المبيع معلوماً فإن كانت مجهولة لم تصح الإجارة كما لو كان المبيع مجهولاً والعلم بها قد يكون من وجهين: .

أحدهما: تقدير العمل مع الجهل بالمدة.

والثاني: تقدير المدة مع الجهل بقدر العمل فأما ما يتقدر فيه بالعمل دون المدة فمثاله أن يقول قد استأجرتك على أن تخيط لي هذا الثوب أو تنسج لي هذا الغزل أو تصوغ لي هذا الخَلْخَال فتصير الإجازة مقدرة بالعمل فلا يجوز اشتراط المدة فيها فإن شرط فيها المدة بطلت.

لأنه إذا قال قد استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم فقد يفرغ منه في بعضه فإن لم يعمل في باقيه فقد أخل بمقتضى شرطه وأن عمل فقد زاد على عقده.

وأما ما يتقدر فيه بالمدة دون العمل فمثاله أن يقول قد استأجرتك على أن تبني لي شهراً فتصير الإجارة مقدرة بالمدة فتصح ولا يجوز تقدير العمل فيها إذا كان جنسه معلوماً فإن شرط فيها قدر العمل بطلت لأنه قد لا يستكمل ذلك العمل في تلك المدة فإن ترك باقيه فقد أخل بمقتضى شرطه وإن عمل فقد زاده في عقده.

فصل: وأما الأجرة فهو العوض الذي في مقابلة المنفعة كالثمن في مقابلة المبيع وحكمه كحكمه في جوازه معيناً وفي الذمة فإن كان في الذمة فلا بد أن يكون معلوم الجنس والصفة والقدر فإن جهلت بطلت الإجارة.

وإن كان معيناً فهل يصح العقد مع الجهالة بقدره إذا كان مشاهداً أم لا؛ اختلف أصحابنا فكان بعضهم يخرجه على قولين: كالسلم إذا كان الثمن المشاهد فيه جزافاً قد جهل قدره وقال آخرون بل يصح قولاً واحداً كالبيع لأن المنافع في حكم الأعيان المقبوضة بخلاف السلم فإذا تقرر هذا فكل ما جاز أن يكون عوضاً أو معوضاً جاز أن يكون أجرة.

فلو استأجر داراً بمنافع دار أخرى أو برقبة دار أخرى جاز وقال أبو حنيفة لا يجوز وهذا خطأ لأن المنافع قد أقيمت في الشرع مقام الأعيان.

في جواز العقد عليها وأخذ العوض منها ووجوب بدلها على متلفها فجاز أن تكون ثمناً وأجرة كما جاز أن تكون مستأجرة.

فأما إذا استأجر عبداً بنفقته أو بعيراً بعلوفته لم يجز لجهالته وأجازه مالك تعلقاً بأن أبا هريرة أجر نفسه بطعام بطنه وعقبة رجله.

وهذا محتمل أن يكون أجرها بما يكفيه لطعام بطنه وعقبة رجله أو يكون شرط ذلك مقدراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فالإجارات صنف من البيوع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه وهذا كما قال عقد الإجارة من العقود اللازمة لا يجوز فسخه إلاَّ بعيب كالمبيع.

فإن كان العيب موجوداً في الشيء المؤاجر كالدار إذا خربت والدابة إذا مرضت فللمستأجر أن يفسخ دون المؤجر كما لو وجد بالمبيع عيب كان للمشتري أن يفسخ دون البائع.

وإن كان العيب موجوداً في الأجرة فإن كانت في الذمة أبدل المعيب بغيره ولا خيار وإن كانت معينة فللمؤجر أن يفسخ دون المستأجر كما يفسخ البائع بوجود العيب في الثمن المعين دون المشتري ولا يجوز فسخ الإجارة بعذر يطرأ إذا لم يظهر في المعقود عليه عيب.

وقال أبو حنيفة يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ولا يجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار مثل أن يستأجر جملاً لحج ثم يبدو له العدول من الحج أما لعذر أو غير عذر فيصير ذلك عذراً في فسخ الإجارة.

أو يستأجر داراً ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد أو يستأجر حرزاً لمتاعه ثم يريد بيعه أو يستأجر من يطحن له براً ثم يريد بذره إلى ما أشبه ذلك من الأعذار فيجعل له بها فسخ الإجارة استدلالاً بأن عقود المنافع لا تلزم من الطرفين كالوكالة ولأن للأعذار مدخلاً في فسخ الإجارة.

ألا ترى أن من استؤجر لقلع ضرس فبرأ جاز للسمتأجر فسخ الإجارة للعذر الطارىء ولم يجبر على قلع ضرسه وكذا كل عذر ودليلنا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد مالم يقم دليل يخصصه.

ولأن كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الأحوال لزمهما مالم يحدث بالعوضين نقص كالبيع.

ولأن كل عقد لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث عذر كالزوج ولأن كل سبب لا يملك به المؤجر الفسخ لم يملك به المستأجر الفسخ كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجباً لفسخ المؤجر كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجباً لفسخ المستأجر لأن نقصانها في حق المستأجر كزيادتها في حق المؤجر ولأنه عقد إجارة فلم يجز فسخه بعذر كالمؤجر.

ولأن العقود نوعان: لازمة فلا يجوز فسخها لعذر كالبيع وغير لازمة فيجوز فسخها لغير عذر كالقراض، فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير اللازم في جواز فسخه بغير عذر وجب أن يكون ملحقاً باللازم في إبطال فسخه بعذر.

فأما الجواب عن قياسه على الوكالة فهو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها بعذر وغير عذر وليس كذلك الإجارة.

وأما استدلاله بأن للأعذار تأثيراً في عقود الإجارات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برأ فالجواب عنه هو أن من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها وليس يجب عليه استيفاؤها، ألا ترى أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها ولا يجبر على سكناها فإن مكن من سكناها فلم يسكن فعليه الأجرة هذا أصل مقرر في الإجارة وإذا كان كذلك فإن كان الضرس على حال مرضه وألمه فقلعه مباح وللمستأجر أن يأخذ الأجير بقلعه إن شاء.

فإن أبى المستأجر أن يقلعه مع ألمه لم يجبر عليه وقيل له قد بذل لك الأجير القلع وأنت ممتنع فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته كما لو مضت مدة السكنى وإن برأ الضرس في الحال قبل إمكان القلع بطلت الإجارة لأن قلعه قد حرم وعقد الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظوراً فصار محل العمل معدوماً فلذلك بطلت الإجارة كما لو استأجره لخياطة ثوب فتلف إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف وبين تعذره بالحظر.

فصل: فإذا تقرر أن عقد الإجارة من العقود اللازمة وإن فسخه بالعذر غير جائز فلا يجوز اشتراط المثلات فيه.

وقال أبو حنيفة يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز في البيع لأنهما معاً من عقود المعاوضات.

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولأن اشتراط الثلاثة يتضمن إتلاف بعض المعقود عليه فيما ليس بتابع للمعقود عليه مع بقاء العقد في جميعه فلم يصح، كما لو شرط في ابتياع العبدين أنه أن تلف أحدهما في يد البائع لم يبطل البيع ولأن المعقود عليه إذا لم يبق جميعه في مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياساً على بيع الطعام الرطب.

فصل: فإذا صح أن خيار الشرط لا يدخله فقد اختلف أصحابنا هل يدخله خيار المجلس أم لا على وجهين:

أحدهما: يدخله كالبيع لكونهما عقدي معاوضة فعلى هذا إن أجرها المؤجر من غير المستأجر في خيار المجلس صحت الإجارة الثانية وكان ذلك فسخاً للإجارة الأولى. وقال بعض أصحابنا تنفسخ الإجارة الأولى ولا تصح الإجارة الثانية حتى يتقدمها الفسخ لئلا يصير الفعل الواحد فسخاً وعقداً لتنافيهما.

ولهذا القول وجه لأن المذهب هو الأول وتوجيه المذهب هو أن استقرار العقد الثاني يوجب فسخ العقد الأول بالتأهب للثاني وعلى هذا الوجه لو أجره المستأجر كانت إجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه لأن خيار المؤجر يمنع من إمضاء المستأجر وعلى هذا الوجه لو

افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجره قبل قبضه كما ليس للمشتري بيع ما لم يقبضه.

والوجه الثاني: أن خيار المجلس لا يدخله ويصير العقد بالبذل والقبول لازماً لأن خيار المجلس يفوت بعض المدة فأشبه خيار الشرط فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجز ولو أجره المستأجر فإن كان بعد القبض جاز وإن كان قبله فعلى وجهين: **أحدهما**: يجوز لمفارقته البيع في الخيار ففارقه في القبض. **والوجه الثاني**: لا يجوز لكون المنفعة مضمونة على المستأجر وأشبه ضمان المبيع على البائع وإن فارق البيع في حكم الخيار وهذان الوجهان في إجارة ما لم يقتصر منه على اختلاف أصحابنا في عقد الإجارة مثل تناول الدار المؤجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة فقال أبو إسحاق المروزي: عقد الإجارة إنما تناول الدار المؤجرة لأن المنافع غير مخلوقة فعلى هذا يمنع من إجارتها قبل القبض كما يمنع من البيع.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة لأن العوض في مقابلتها ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض وتصير المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكماً وإن لم يكن القبض مستقراً إلا بمضي المدة فعلى هذا تجوز إجارتها قبل قبضها وبالله التوفيق.

مسألة: **وَلِذَلِكَ يَمْلِكُ الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي فِي الْعَبْدِ وَالدَّارِ وَالدَّابَّةِ إِلَى الْمُدَّةِ الَّتِي اشْتَرَطَهَا حَتَّى يَكُونَ أَحَقُّ بِهَا مِنْ مَالِكِهَا وَيَمْلِكُ بِهَا صَاحِبُهَا الْعِوَضَ فَهِيَ مَنْفَعَةٌ مَعْقُولَةٌ مِنْ عَيْنٍ مَعْلُومَةٍ فَهِيَ كَالْعَيْنِ الْمَبِيعَةِ وَلَوْ كَانَ حُكْمُهَا بِخِلَافِ الْعَيْنِ كَانَتْ فِي حُكْمِ الدَّيْنِ وَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَكْتَرِيَ بِدَيْنٍ لأنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ دَيْناً بِدَيْنٍ وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ (قَالَ) وَإِذَا دَفَعَ مَا أَكْرَى وَجَبَ لَهُ جَمِيعُ الْكِرَاءِ كَمَا إِذَا دَفَعَ جَمِيعَ مَا بَاعَ وَجَبَ لَهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَجَلاً**.

قال الماوردي: ويملك بها صاحبها العوض فهي منفعة معقولة من عين معروفة فهي كالعين المبيعة ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكانت في حكم الدين ولم يجز أن يكتري بدين لأنه حينئذ يكون ديناً بدين وقد نهى النبي ﷺ عن الدين بالدين، فإذا دفع ما أكرى وجب له جميع الكراء كما إذا دفع ما باع وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلاً وهذا صحيح وجملة القول في عقد الإجارة أنه يتضمن تمليك منافع في مقابلة أجرة، فأما المنافع فلا خلاف أنها تملك بالعقد ويستقر الملك بالقبض وأما الأجرة فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشترط حلولها فتكون حاله اتفاقاً.

والثاني: أن يشترطا تأجيلها أو تنجيمها فتكون مؤجلة أو منجمة إجماعاً.

والثالث: أن يطلقاها فلا يشترطا فيها حلولاً ولا تأجيلا فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب: فمذهب الشافعي فيها أن الأجرة تكون حالة تملك بالعقد وتستحق بالتمكين.

وقال أبو حنيفة لا تعجل الأجرة بل تكون في مقابلة المنفعة فكلما مضى من المنفعة جزء ملك ما في مقابلته من الأجرة لكن لما شق أن يستوفي ذلك على يسير الأجزاء استحق أجرة يوم بيوم. وقال مالك لا يستحق الأجرة إلا بمضي جميع المدة.

واستدلا على أن الأجرة لا تتعجل بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فاقتضى أن يكون باستكمال الرضاع تستحق الأجرة. وبما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «اعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقه» فكان ذلك منه حثاً على تعجيلها في أول زمان استحقاقها وذلك بعد العمل الذي تعرف به.

ولأن أصول العقود موضوعة على تساوي المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد ويكون ملك العوض تالياً لملك المعوض كالبيع إذا ملك على البائع المبيع ملك به الثمن وإذا سلم المبيع استحق قبض الثمن فلما كان قبض المنافع مؤجلاً وجب أن يكون قبض الأجرة مؤجلاً وتحريره قياساً أنه عقد معاوضة فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد إقباض المعوض كالبيع ولأن ما استحق من الأعواض على المنافع يلزم أداؤه بعد تسليم المنافع كالجعالة و القراض ولأن ملك المؤجر للأجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد وقد ثبت أن الدار المؤاجرة لو انهدمت قبل تقضي المدة استرجع من المؤجر ما قبضه من الأجرة فدل على أنه لم يكن مالكاً للأجرة. ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالاً كالنكاح ولأن كل عوض تعجل بالشرط فإطلاقه يوجب حلوله كالثمن ولأن الأصول موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن. وكالنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة وجب تسليم الأجرة والمنافع ههنا بالتمكين مقبوضة حكماً وإن لم يكن القبض مستقراً لأمور أربعة:

أحدها: ما ذكره الشافعي أنها لو كانت مؤجلة وبالتمكين غير مقبوضة لما جاز تأجيل الأجرة لأنه يصير ديناً بدين وقد ورد النهي عنه وفي إجماعهم على جواز تأجيلها دليل على حصول قبضها.

والثاني: أنها لو لم تكن مقبوضة لما جاز لمستأجر الدار أن يؤجرها لأن بيع ما لم يقبض باطل وفي إجماعهم على جواز إجارتها دليل على حصول قبضها.

والثالث: أن الزوجة لا يلزمها التمكين من نفسها إلا بعد قبض صداقها ولو كان صداقها سكنى دار تسلمتها لزمها تسليم نفسها فلولا حصول قبضها لصداقها ما ألزمت تسليم نفسها.

والرابع: أن الأجرة لو لم تملك بتسليم الدار والتمكين من السكنى لما جازت المضاربة عليها وأن يأخذ عن الذهب ورقاً وعن الورق ذهباً كما لا يجوز مثل ذلك في الديون

المؤجلة وفي جواز ذلك دليل على وجوبها وإذا ثبت بما ذكرنا من الشواهد أن المنافع في حكم المقبوضة بالتمكين لزم تسليم ما في مقابلتها من الأجرة فإن قيل فلم جعلتم المنافع مقبوضة حكماً وإن لم يكن القبض مستقراً وجعلتم الأجرة مقبوضة قبضاً مستقراً قيل لأنه ليس يمكن أن تكون الأجرة مقبوضة حكماً فجعلنا القبض فيها مستقراً ولا يمكن في المنافع أن يكون القبض فيها مستقراً فجعلناه حكماً على أنهما سواء لأن معنى قولنا إن المنافع مقبوضة حكماً لأنه قد يتصرف في الدار وإن جاز أن يزول ملكه عن منافعها بالهدم كذلك الأجرة قد يتصرف فيها المؤجر وإن جاز أن يزول ملكه عنها بالهدم.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فهو أن معناه فإن بذلن الرضاع لا أنه أراد استكمال الرضاع كما قال سبحانه: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾ [التوبة: ٢٩] أي يبذلوا. ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: ٦] ولو كان ذلك بعد إتمام الرضاع ما احتاج إلى إرضاع أخرى فصارت الآية دليلاً لنا.

وأما الجواب عن قوله ﷺ أَعْطُوا الأَجِيرَ أُجْرَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ فهوأن استدلالنا منه كاستدلالهم؛ لأنه قد يعرق حين يعمل فيقتضي أن يستحق أخذها قبل إتمام العمل على أنه يجوز أن يكون وارداً فيمن شرط تأخير أجرته. وأما استدلالهم بالأصول واستشهادهم بالشرع فقد بينا وجه الاستدلال به فكان دليلاً وانفصالاً وأما قياسهم على الجعالة والقراض فالمعنى فيهما أن سلم القياس من النقض بالنكاح أن العقد فيهما غير لازم فلم يقع فيهما إجبار والإجارة لازمة فوقع فيها إجبار.

وأما استدلالهم بأنه لو ملكها ما استرجعت بالانهدام فهو باطل باشتراط التعجيل وبالنكاح وبالبيع في استرجاع بعض الثمن في أرش العيب فبطل الاستدلال.

فصل: فإذا تقرر أن الأجرة يستحقها المؤجر حالة بالعقد فما لم يقبضها فهي له دين كالأثمان فإن لم يسلم ما أجره فلا مطالبة له بالأجرة كما لا يطالب بثمن ما لم يقبضه فإذا سلم ما أجره استحق المطالبة بأجرته كما يتسحق المطالبة بثمن ما أقبضه فإذا قبض الأجرة فقد ملكها. وهل يكون ملكه مستقراً عليها أو مراعى فيه قولان مضيا في كتاب الزكاة:

أحدهما: مراعى لتردده بين سلامة الدار المؤجرة فتستقر وبين انهدامها فيرتجع.

والثاني: أنه مستقر وإن جاز أن يرتجع بالانهدام لأن الظاهر سلامة الحال كما أن بائع السلم مستقر الملك على ثمنه.

وإن جاز أن يرتجع منه لعدم المسلم فيه وكما أن الزوجة مستقرة الملك على صداقها وإن جاز أن يرتجع جميعه بالردة ونصفه بالطلاق قبل الدخول.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا قَبَضَ الْعَبْدَ فَاسْتَخْدَمَهُ أَوِ الْمَسْكَنَ فَسَكَنَهُ ثُمَّ هَلَكَ الْعَبْدُ أَوِ انْهَدَمَ الْمَسْكَنُ حُسِبَ قَدْرُ مَا اسْتُخْدِمَ وَسُكِنَ فَكَانَ لَهُ وَرَدَّ بِقَدْرِ مَا

بَقِيَ عَلَى الْمُكْتَرِي كَمَا لَوِ اشْتَرَى سَفِينَةَ طَعَامٍ كُلُّ قَفِيزٍ بِكَذَا فَاسْتَوْفَى بَعْضاً فَاسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ هَلَكَ الْبَاقِي كَانَ عَلَيْهِ مِنَ الثَّمَنِ بِقَدْرِ مَا قَبَضَ وَرَدَّ قَدْرَ مَا بَقِيَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استأجر عبداً سنة ليخدمه أو داراً سنة ليسكنها فانهدمت الدار ومات العبد فلا يخلو ذلك من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون ذلك قبل تسليم العبد وإقباض الدار فلا خلاف أن الإجارة قد بطلت والأجرة المسماة فيها قد سقطت فإن كان المؤجر قد قبضها فعليه ردها لأن ما تضمنه العقد مضمون على عاقده ما لم يسلمه كالمبيع مضمون على بائعه ما لم يسلمه.

والحال الثانية: أن يكون موت العبد وانهدام الدار بعد تقضي المدة واستيفاء السكنى والخدمة فالإجارة قد مضت سليمة والأجرة فيها مستقرة ولا تراجع بينهما.

والحال الثالثة: أن يكون ذلك بعد تسليم العبد والدار وقبل استيفاء السكنى والخدمة فمذهب الشافعي أن الإجارة تبطل فيما بقي من المدة بموت العبد وانهدام الدار وبه قال مالك وأبو حنيفة والفقهاء.

وقال أبو ثور الإجارة صحيحة والأجرة للمستأجر لازمة والمنافع عليه مضمونة استدلالاً بأن تسليم الدار المؤاجرة كتسليمها لو كانت مبيعة في استحقاق العوض وتسليم المعوض ثم ثبت أنه لو قبضها عن بيع فاسد فانهدمت كانت مضمونة عليه ولم ينفسخ البيع كذلك إذا قبضها بإجارة وهذا خطأ لأن المنافع مقبوضة حكماً في حق المستأجر لجواز تصرفه فيها وغير مقبوضة إلا بمضي المدة في حق المؤجر لما عليه من ضمانها وتسليمها.

وليس تسليم الدار تسليماً لها مستقراً وإنما يستقر بمضي المدة لأن منافع المدة الباقية لم تخلق فلم يصح أن تقبض قبض انبرام ولا أن يملك بالغائب منها عوض ولأنه لو استقر قبض المنافع في حال التسليم لوجب استرجاع الدار في الحال ولما انتظر بها تقضي المدة لأجل ما استقر بها من قبض المنفعة فلما لم يجز استرجاعها قبل تقضي المدة وجب أن يكون الترك لاستيفاء المنفعة وما بطل قبل الاستيفاء بطل العقد فيه ولأن الأجرة لا تخلو من ثلاثة أحوال:

إما أن تكون في مقابلة استيفاء المنفعة أو في مقابلة تسليم الدار أو في مقابلة التمكين منها إلى انقضاء المدة فلم يجز أن تكون في مقابلة استيفاء المنفعة لأنه لو قبض ولم يسكن للزمته الأجرة ولم يجز أن تكون في مقابلة تسليم الدار لأنه لو كان كذلك لما استرجعت عند انقضاء المدة.

فثبت أنها في مقابلة التمكين منها إلى انقضاء المدة، فإذا لم يحصل التمكين في جميع المدة لم يستحق جميع الأجرة وخالف البيع لأن الثمن في مقابلة تسليم الرقبة ولذلك لم يرتجع.

فصل: فإذا تقرر هذا فالإجارة تنفسخ بموت العبد وانهدام الدار، وقال بعض أصحابنا تنفسخ بموت العبد لفوات منافعه من كل وجه ولا تنفسخ بانهدام الدار لإمكان المنفعة بالعرصة وهذا فاسد لأن العرصة ليست داراً من كل وجه ولا منفعتها منفعة دار وإنما هي أرض.

وإذا كان كذلك فلا يخلو حال موت العبد وانهدام الدار من أن يكون في أول المدة أو بعد مضي بعضها فإن كان في أول المدة قبل مضي شيء منها فالإجارة في جميع المدة باطلة ويسترجع المستأجر أجرته إن كان قد أقبضها وإن كان موت العبد وانهدام الدار بعد مضي بعض المدة كأن مضى من سنة الإجارة نصفها وبقي نصفها فالإجارة في النصف الباقي من السنة باطلة.

فأما النصف الماضي منها فقد اختلف أصحابنا فيه على حسب اختلافهم في الفساد الطارىء على بعض الصفقة هل يكون كالفساد المقارن للعقد فقال بعض أصحابنا هما سواء فيكون بطلان الإجارة فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة.

وقال آخرون وإن الفساد الطارىء على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد فتكون الإجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولاً واحداً فإن قيل ببطلان الإجارة فيما مضى من المدة لزم المستأجر أجرة المثل في الماضي دون المسمى وإن قيل بصحة الإجارة فيما مضى فقد اختلف أصحابنا هل له الخيار في فسخه أم لا على وجهين:

أحدهما: لا خيار له لفواته على يده فعلى هذا إن كانت أجرة السنة كلها متساوية لتساوى العمل فيها فعليه نصف الأجرة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة وإن كان العمل فيها مختلفاً والأجرة فيه مختلفة مثل أن تكون أجرة النصف الماضي من السنة مائة درهم وأجرة النصف الباقي خمسين درهماً تقسطت الأجرة على العمل المختلف دون المدة وكان على المستأجر ثلثا الأجرة بمضي نصف المدة لأنها تقابل ثلثي العمل.

والوجه الثاني: أن له الخيار لتفريق الصفقة عليه بين المقام على الإجارة فيما مضى وبين فسخها فيه.

فإن أقام على الماضي لزمه من الأجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط وكان بعض أصحابنا يخرج قولاً آخر أنه يقيم بجميع الأجرة وإلا فسخ وهو قول من يجعل الفساد الطارىء كالفساد المقارن للعقد. وإن فسخ الإجارة في الماضي لزمه فيه أجرة المثل لأن الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه.

فصل: فإن مرض العبد واسترمت الدار فالإجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه ولكن المستأجر لأجل العيب الحادث المؤثر في منفعته بالخيار بين المقام والفسخ. والخيار فيه على التراخي لا على الفور بخلاف الخيار في البيع لأنه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث

النقص فيها فإن كان مرض العبد مرضاً لا يؤثر في العمل نظر فيما استؤجر لـه من العمل فـإن كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالبناء ورعي المواشي وحرث الأرض فلا خيار للمستـأجر وإن كان مما تعـاف النفس مرضـه كخدمتـه في مأكله ومشـربه وملبسـه فله الخيار فـإن كانت الإجـارة في دار خرب جـوارها أو دكـان بطلت سـوقه فـلا خيار لـه لأنه عيب حـدث في غير المعقود عليه.

فصل: فإذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو سقط فيها سقف نظر فإن لم يمكن سكنى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها كـان كما لـو انهدم جميعهـا في بطلان الإجـارة فيها وإن أمكن سكناها لم تبطل الإجارة وكان مخيراً في الفسـخ للعيب الحادث وأما إن انهدم نصفهـا وبقي نصفها الباقي منها يمكن سكناه بـطلت الإجارة في النصف المنهـدم وهي صحيحة في النصف السليم وللمستأجر الخيار ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارىء على بعض الصفقة كالفساد المقارن للصفقة خرج الإجارة فيما سلم من الدار على قولين.

فصل: فإذا انهـدمت الدار فبنـاها المؤجـر لم تعد.الإجـارة فيها بعـد فسادهـا إلا بعقد مستحدث لأن بطلان العقد يمنع من عوده إلا باستحداث عقد ولكن لو استرمت وتشعثت ولم يختر المستأجر الفسخ حتى عمرها المؤجر ففي خيار المستأجر وجهان:

أحدهما: قد سقط لارتفاع موجبه.

والثاني: أنه باق بحاله لما تقدم من استحقاقه ولكن لو رام المؤجر أن يمنع المستـأجر من الفسخ حتى يعمرها له لم يكن ذلك للمؤجر وكان المستأجر على خياره.

فصل: فأما إذا استأجر داراً فانطمت آبارها وامتلأت حشوشها فالذي عليه أصحابنـا أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجـر من غير تفصيـل لما عليـه من حقوق التمكين والذي عندي وأراه مذهباً أن تنقية ما انطم من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلأ من حشوشها على المستأجر لأن امتلاء الحشوش من فعله فصـار كتحويـل القماش وليس كـذلك انـطمام الآبار فلو امتنع المستأجر من تنقية ما يلزم من الحشوش أجبر عليه ولو امتنع المؤجر من تنقيـة ما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه وكان المستأجر بالخيار والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَـدِهِمَا مَـا كَانَتِ الـدَّارُ قَائِمَةً وَلَيْسَ الْوَارِثُ بِأَكْثَرَ مِنَ الْمَورُوثِ الَّذِي عَنْهُ وَرِثُـوا فَإِنْ قِيـلَ فَقَدِ انْتَفَـعَ الْمُكْرِي بِـالثَّمَنِ قِيلَ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ فِي رُطَبٍ لِوَقْتٍ فَانْقَطَعَ رَجَعَ بِالثَّمَنِ وَقَدِ انْتَفَعَ بِهِ الْبَائِعُ وَلَوْ بَـاعَ مَتَاعـاً غَائِبـاً بِبَلَدٍ وَدَفَعَ الثَّمَنَ فَهَلَكَ الْمُبْتَاعُ رَجَعَ بِالثَّمَنِ وَقَدِ انْتَفَعَ بِهِ الْبَائِعُ (قَالَ الْمزنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا تَجْوِيزُ بَيْعِ الْغَائِبِ وَنَفَاهُ فِي مَكَانٍ آخَرَ».

قـال الماوردي: وهـذا كمـا قـال. عقـد الإجـارة لازم لا ينفسـخ بمـوت المؤجـر ولا المستأجر. وبه قال مالك وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري والليث بن سعد: الاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر استدلالاً بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة ولأن الإجارة تفتقر إلى مؤجر ومؤاجر فلما بطلت بتلف المؤاجر بطلت بتلف المؤجر. وتحريره قياساً أنه عقد إجارة يبطل بتلف المؤاجر فوجب أن يبطل بتلف المؤجر قياساً عليه إذا أجر نفسه ولأن زوال ملك المؤجر عن رقبة المؤاجرة يوجب فسخ الإجارة قياساً عليه إذا باع ما أجره برضى المستأجر ولأن منافع الإجارة إما تستوفى بالعقد والملك وقد زال ملك المؤجر بالموت وإن كان عاقداً والوارث لا عقد عليه وإن صار مالكاً فصارت منتقلة عن العاقد إلى من ليس بعاقد فوجب أن تبطل لتنافي اجتماع العقد و الملك.

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع فإن قيل ينتقض بموت من أجر نفسه. لم يصح لأن العقد إنما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ألا تراه لو كان حياً فمرض بطلت الإجارة وإن كان العاقد حياً، لأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح كما يعاوض على خدمتها بعقد الإجارة فلما لم يكن موته مبطلاً للعقد على بضعها لم يبطل بالعقد على استخدامها.

ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أنه عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته.

والثاني: أنه أحد منفعتي الأمة فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الأخرى ولأن المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالأعيان فجاز أن تنتقل بالإرث كالأعيان ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أن ما صح أن ينتقل بعوض صح أن ينتقل إرثاً كالأعيان.

والثاني: أن ما صح أن ينتقل به الأعيان في البياعات صح أن ينتقل به المنافع في الإجارات أصله عقد الحي المختار.

ولأن بالموت يعجز عن إقباض مااستحق تسليمه بعقد الإجارة فلم يبطل به العقد كالجنون والزمانة. ولأنه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطل بالموت كالبيع ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد تستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى فلما كان ما تستحق منفعة ارتهانه اذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه وجب أن يكون ما استحقت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته وقد استدل الشافعي بهذا في الأم ولأن الوارث إنما يملك بالإرث ما كان يملكه الموروث والموروث إنما كان يملك الرقبة دون المنفعة فلم يجز أن يصير الوارث مالكاً للرقبة والمنفعة ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت مؤجره.

وتحريره قياساً أنه عقد إجارة يمكن استيفاء المنفعة فيه فوجب أن لا تبطل بموت مؤجره كالوقف.

وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف فهو أنه إن رده الى

النكاح فالنكاح لم يبطل بالموت وإنما انقضت مدته بالموت فصار كانقضاء مـدة الإجارة وإن رده إلى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لـزومهما في حـال الحياة وجـواز فسخها بغيـر عذر وليست الإجارة كذلك للزومها في حال الحياة.

وأما الجواب عن قياسه على انهدام الدار فهـو أن المعنى فيه فـوات المعقود عليـه قبل قبضه.

وأما الجواب عن قياسه على ما إذاباع ما أجر بـرضى المستأجـر فهو غيـر مسلم الأصل لأن الإجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه كما لا تبـطل بالبيـع عن سخطه وإنمـا البيع مختلف في إبطاله ثم ينتقض على أصله بعتق العبد المؤاجر قد زال ملك سيده عن رقبته مع بقـاء الإجارة عليها فكذلك إذا زال ملكه بالبيع والمـوت وأما الجـواب عن استدلالـه بأن المنـافع تستـوفى بعقد وملك وهذا مفترق بالموت فهو أن اجتماعها يعتبر عند العقد ولا يعتبر فيمـا بعد كمـا لو أعتق أو باع ولا يمتنع أن يستوفى من يد الـوارث ما لم يعـاقد عليـه كما يستـوفي منه ثمن مـا اشتـراه الموروث ويقبض منـه أعيان مـا باعـه الموروث لأن المـوروث قـد ملك عليـه ذلـك بعقده، فلم يملكه الوارث بموته.

فصل: فأما قول الشافعي فإن قيل فقد انتفع المكري بالثمن قيل كما لو أسلم في متـاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعاً غائباً ببلد فدفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعي وانفصل عنه. اختلف اصحابنا في مراده به فقال أبو إسحاق المروزي أراد به الرد على من أجل الأجرة ومنع من حلولها لئلا ينتفـع المكري بـالأجرة قبـل انتفاع المكتري بالمنفعة وقد تنهدم الدار فتفوت المنفعة فقال الشـافعي مثل هـذا ليس يمتنع كمـا أن بائـع السلم قد يتعجـل بقبض الثمن وينتفـع بـه وقـد يهلك المسلم فيـه عنـد محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشتري.

وكما يقبض ثمن غائب عنه فتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع به وقال أبو الفيـاض يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الإجارة بموت المؤجر لئلا ينتفع المؤجر بـالأجرة ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا من الجوابين:

وقال أبو حامد الإسفراييني إنما أراد به أن انهدام الدار وموت العبد في تضاعيف المدة يبطل الإجارة فيما بقي ويوجب أن يرد من الأجرة بقسـطها وإن انتفـع المكري بهـا ولم ينتفع المكتري من المنفعة بما قابلها فأجـاب بما ذكـره من انتفاع البـائع بثمن المسلم وثمن العين الغائبة وإن ردهما بتلف السلم فيه وتلف العين الغائبة.

وقال المزني هذا تجويز بيع الغائب وعنه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على أحد قوليه.

والثاني: أنه محمول على بيع غائب قد رآه.

فصل: فإذا ثبت أن إجارة الملك لا تبطل بموت المؤجر والمستـأجر انتقـل الكلام إلى

إجارة الوقف فإن أجره ولا حق له في غلته صحت إجارته ولم تبطل بموته لأنه لم يؤجر ملكه وإنما ناب عن غيره وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لكونه وقفاً عليه فقد اختلف أصحابنا في بطلان الاجارة بموته على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الإجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره وفرق بين الملك والوقف بأن وارث الملك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر وليس كذلك الوقف لأن مؤجره يملك منفعته مدة حياته فإذا مات فقد انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف لا بالإرث.

والوجه الثاني: وهو الأظهر أن الإجارة لا تبطل لأن مؤجره والٍ قد أجره في حق نفسه وحق من بعده بولايته فإذا انقضى حقه بموته صحت أجارته في حق من بعده بولايته فإن كان قد استوفى الأجرة استرجع من تركته أجرة ما بقي من المدة بعد موته.

فصل: وإذا استأجر رجل من أبيه داراً سنة ودفع إليه الأجرة ثم مات الأب المؤجر نظر فإن لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكاً للدار والمنفعة إرثاً فامتنع بقاء عقده على المنفعة كما لو تزوج أمته ثم ورثها بطل نكاحها.

فإن لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثاً وإن كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الأجرة لأنها صارت بانفساخ الإجارة بالإرث ديناً على الأب فساوى الغرماء فيها. فلو كان للأب ابن آخر انفسخت الإجارة في نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت في حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة في تركة أبيه لأنها صارت ديناً عليه.

فصل: فإذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان:

أحدهما: أن تباع على المستأجر فالبيع جائز والإجارة بحالها ويصير جامعاً بين ملك المنفعة بالإجارة والرقبة بالبيع.

والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الإجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل أنه بالإرث صار قائماً مقام المؤجر فلم ينفذ له عقد على نفسه وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سمي بالعقد.

والضرب الثاني: أن تباع على أجنبي غير المستأجر ففي البيع قولان:

أحدهما: أنه باطل والإجارة بحالها لأن يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت اسوأ حالاً من المغصوب الذي يمنع يد المشتري منه بظلم.

والقول الثاني: وهو صحيح أن البيع صحيح والإجارة لازمة لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالأمة المزوجة فعلى هذا إن كان المشتري عالماً بالإجارة فلا خيار له والأجرة للبائع لأنه قد ملكها بعقده وإن كان غير عالم فله الخيار بين المقام والفسخ.

فصل: فإذا أجر الأب أو الوصي صبياً ثم بلغ الصبي في مدة الإجارة رشيداً فالإجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه.

ولو أجر السيد أم وَلَدِه ثم مات عنها انفسخت الإجارة والفرق بينهما أن الصبي معقود عليه في حق نفسه فلم يزل العقد بزوال يد عاقده وأم الولد معقود عليها في حق السيد فزال العقد بزوال ملك عاقده.

فصل: ولو أجر السيد عبده ثم أعتقه نفذ العتق والإجارة بحالها لازمة والفرق بين العبد وأم الولد حيث بطلت الإجارة بعتق أم الولد ولم تبطل بعتق العبد أن العبد يملك نفسه بتمليك السيد له فاختص التمليك بما كان على ملك السيد وأم الولد تملك نفسها بموت السيد من غير تمليكه فكان الملك على عمومه وصارت أم الولد بمثابة المستأجر إذا ورث ما استأجره بطلت الإجارة فيه وصار العبد بمثابة المستأجر إذا ابتاع ما استأجر لم تبطل الإجارة فيه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ تَكَارَى دَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلَى بَطْنِ مر فَتَعَدَّى بِهَا إِلَى عُسْفَانَ فَعَلَيْهِ كِرَاؤُهَا إِلَى مُرٍ وَكِرَاءُ مِثْلِهَا إِلَى عُسْفَانَ وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان فاستوفاه وتعدى إلى غيره مثل أن يستأجر من مكة إلى مر فيركبها إلى مر ثم يتعدى بركوبها إلى عسفان فعليه الأجرة المسماة بركوبها إلى مر لأنه استحقها بالعقد ثم صار بمجاوزة مر متعدياً ولزمه حكمان:

أحدهما: كراء المثل من مر إلى عسفان.

والثاني: الضمان. فأما كراء المثل فقد وافق عليه أبو حنيفة وإن كان يسقط الكراء عن الغاصب وفرق بينهما بأن ركوب الغاصب طرأ على يد ضامنة فسقط عنه الكراء وركوب هذا المجاوز مسافته طرأ على يد غير ضامنة فلزمه الكراء.

فصل: أما الضمان فلا يتعلق عليه فيما حدث قبل مجاوزته وتعديه فأما بعد المجاوزة والتعدي فقد صار مأخوذاً به ولا يخلو حال الدابة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تتلف.

والثاني: أن تنقص.

والثالث: أن تكون على حالها فإن تلفت لم يخل من أن يكون صاحبها معها أم لا فإن لم يكن معها ضمن جميع قيمتها باليد لأنه متعد بها كالغاصب.

وإن كان صاحبها معها فلا يخلو أن يكون تلفها في حال الركوب أو بعد النزول فإن كان في حال الركوب ضمن ضمان جناية لا ضمان غصب لأن يد المالك لم تزل وإذا كان كذلك لم تلزمه جميع القيمة لأنه ليس جميع الركوب محظوراً فلزمه بعضها.

وفي قدر ما يلزمه قولان:

أحدهما: نصف القيمة لأن تلفها كان بالاعياء في مسافتين مباحة غير مضمونة ومحظورة مضمونة.

والقول الثاني: أن القيمة تقسط على قدر المسافتين في الطول والقصر فيسقط عنه من القيمة قدر ما قابل مسافة الإجارة ويلزمه منها ما قابل مسافة العدوان. فإذا كان من مر إلى مكة ثمانية عشر ميلاً ومن مر إلى عسفان ثلاثين ميلاً لزمه من قيمة الدابة ثلاثون جزءاً من ثمانية وأربعين جزءاً وذلك خمسة أثمانها وأصل هذين القولين الجلاد إذا أمر أن يجلد رجلاً ثمانين سوطاً فجلده أحداً وثمانين سوطاً فمات كان في قدر ما يضمنه قولان:

أحدهما: نصف الدية.

والثاني: جزء من أحد وثمانين جزءاً من الدية.

فإن قيل فإذا كان صاحبها مشاهداً للركوب غير منكر له كان ذلك برضى منه فوجب سقوط الضمان قيل الرضا الذي يوجب سقوط الضمان ما كان إذناً بالقول وليس السكوت إذناً في استهلاك الأموال ألا ترى لو أن رجلاً خرق ثوباً على رجل وهو يراه لزمه ضمانه ولم يسقط بسكوته وإن كان تلف الدابة بعد نزول الراكب عنها وحصولها في يد صاحبها فلا ضمان على الراكب لأنه قد برىء من الضمان بردها على المالك إلا أن يكون ركوب التعدي قد نقص من قيمتها فيضمن قدر نقصها. وإن لم تتلف الدابة ولكن نقصت قيمتها نظر فإن كان نقص قيمتها بغير الركوب لم يضمنه الراكب وإن كان بالركوب فما قابل المباح منه لم يضمنه وما قابل المحظور ضمنه وسواء كان صاحبها معها أم لا لأنه ضمان جناية وإن كانت الدابة على حالها لم يضمن الراكب غير الأجرة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ دَارَهُ وَعَبْدَهُ ثَلَاثِينَ سَنَةً».

الإجارة على سنة واحدة فيجوز لأن الغرر يسير فيها والضرورة داعية إليها فأما ما زاد على السنة فقد حكي عن مالك أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين لا غير وللشافعي فيما زاد على السنة الواحدة قولان:

أحدهما: لا تجوز الإجارة أكثر من سنة لأن الإجارة غرر لأنها عقد على منافع قد تسلم وقد لا تسلم فإذا قل الزمان قل غررها فجاز وإذا طال الزمان كثر غررها فبطل كالخيار والسنة الواحدة هي المدة التي تكمل فيها منافع الزراعة في الأرضين ولا يتغير غالباً فيها الحيوانات والدور فلذلك تقدرت مدة الإجارة بها وبطلت فيما جاوزها.

والقول الثاني: وهو أصح القولين هنا أن الإجارة تجوز أكثر من سنة قال الشافعي ههنا ثلاثين سنة وقال في كتاب الدعوى والبينات ما شاء ووجه هذا القول قوله تعالى ﴿قَالَ

إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾[القصص ٢٧] فدل ذلك على جواز الإجارة سنين وروي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه تَكَارَى أَرْضاً وَلَمْ تَزَلْ بِيَدِهِ حَتَّى مَاتَ قال ابنه: مَا كُنْتُ أَرَاهَا إِلَّا لَهُ مِنْ طُولِ مَا مَكَثَتْ بِيَدِهِ حَتَّى ذَكَرَهَا عِنْدَ مَوْتِهِ وَأَمَرَنَا بِقَضَاءِ شَيْءٍ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِرَائِهَا مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ ولأن الضرورة قد تدعو في الإجارة إلى أكثر من سنة لا سيما في الغرس والبناء فصحت فيما زاد على السنة لأجل الضرورة كما صحت في السنة ولأن الإجارة عقد على منفعة كما أن البيع عقد على عين ثم لما لم تتقدر بيوع الأعيان فكذلك لا تتقدر بيوع المنافع.

فصل: فإذا صح بتوجيه هذا القول أن الإجارة تجوز أكثر من سنة فقد قال الشافعي ههنا تجوز ثلاثين سنة فكان بعض أصحابنا يجعل الثلاثين حداً على ظاهر لفظه ويمنع مما زاد عليها استدلالاً بأن الثلاثين شطر العمر في الغالب فكان ما زاد عليه لغير العاقد وذهب سائر أصحابنا إلى أن الثلاثين ليس بحد وتجوز الإجارة على أكثر منها على مايشاء المتعاقدان. وقد نص الشافعي على ذلك في كتاب الدعوى والبينات ولهم عن نص الشافعي جوابان:

أحدهما: أنه ذكر ذلك على طريق التكثير لا على طريق التحديد.

والثاني: أنه قاله رداً على قوم جعلوا ما دون الثلاثين حداً للجواز وجعلوا الثلاثين حداً للمنع والفساد.

فصل: فإذا ثبت أنها غير محدودة الأقل والأكثر فأقل مدتها ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها وذلك قد يختلف باختلاف المؤاجر فإن كان كذلك دار للسكني جازت إجارتها يوماً واحداً وأقل من ذلك تافه لم يجر به عرف لم يصح به عقد وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها مدة زراعتها.

فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها فإن كان ذلك أرضاً تأبد بقاؤها وإن كان داراً روعي فيها مدة يبقى فيها بناؤها وإن كان حيواناً روعي فيه الأغلب من مدة حياته والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر هذا فإن عقدت الإجارة على سنة لم يلزم تقسيط الأجرة على شهورها لما فيه من المشقة ولأن شهور السنة الواحدة في الغالب إنها متساوية والمؤاجرة فيها على حالة واحدة. وإن عقدت الإجارة على سنين كثيرة فهل يلزم تقسيط الأجرة على كل سنة منها أم لا على قولين:

أحدهما: لا يلزم كما لا يلزم تقسيطها على الشهور والأيـام وكما لا يلزم تقسيط الثمن على أعيان الصفقة وإن كثرت واختلفت.

والقـول الثاني: أن تقسيـطها على سني الإجـارة واجب وإن لـم يجب تقسيـطهـا على الشهور فإن لم يذكر قسط كل سنة بطلت الاجارة.

ووجه ذلك أن عقد الاجارة غير منبرم بخلاف بيوع الأعيان المنبرمة لتردده بين السلامة والعطب ما لم يذكر قسط كل سنة منها وأجور السنين قد تختلف فيتعذر العلم بقدر ما يستحق الـرجوع بـه من الأجرة عنـد انتقاض الإجـارة في بعض المـدة وليس كـذلـك شهـور السنـة المتماثلة غالباً.

وهذان القولان كاختلاف قوليه في السلم إذا جمع أشياء مختلفـة أو إلى آجال مختلفـة هـل يلزم تقسيط الثمن على كل جنس منهـا لأن عقد السلم غيـر منبرم كـالإجارة لتـردده بين سـلامة وعـطب. فإن قيـل إن تقسيط الأجرة على السنين واجب جـاز أن يسـاوي بين أجـور السنين ويفاضل فإن بطلت الإجارة في بعض المدة رجع بالمسمى لها من الاجرة.

وإن قيل ان تقسيطها على السنين ليس بواجب فبطلت الإجارة في بعض المـدة قدرت أجرة المثل فيما مضى من السنين وأجرة المثل فيما بقي وربما تفاضل ذلك بحسب الزمان أو بتغير المؤاجر ثم يقسط المسمى على ذلك وننظر حصـة باقي المـدة من المسمى فيكون هـو القدر المرجوع به.

فصل: فأما إذا أجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الإجارة فيما عدا الشهر الأول للجهالة بمبلغه فصار كقوله أجرتها مدة.

واختلف أصحابنا في صحتها ولزومها في الشهر الأول على وجهين:

أحدهما أن الإجارة فيه صحيحة لكونه معلوماً.

والوجه الثاني: وهو الأصح أنها بـاطلة لكونـه واحداً من عـدد مجهول فلم يتميـز في الحكم.

وقال أبو حنيفة الإجارة صحيحة وللمستأجر فسخ الإجارة في كل شهر قبل دخوله فـإذا دخل قبل فسخه لزمه وجعل إطـلاق الشهور مـع تسمية الأجـرة لكل شهـر جاريـاً مجرى بيـع الصبرة المجهولة القدر إذا سمى ثمن كل قفيز وهذا خطأ للجهالة بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التي قد أشير اليها وينحصر كيلها ولأنه لا يخلو أن تصح الإجارة فلا يكون لـه فسخها من غير عذر أو تبطل فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر.

ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَيُّ المُتَكَارِيَيْنِ هَلَكَ فَوَرَثَتُهُ تَقُومُ مَقَامَهُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الإجارة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين فإن كان الميت هو المؤجر فإن كان قد قبض الأجرة برىء المستأجر منها وعلى الوارث تمكينه من استيفاء المنفعة إلى انقضاء المدة وإن لم يكن المؤجر قد قبضها فللوارث مطالبة المستأجر بها فإن كانت مؤجلة أو منجمة فهي إلى أجلها وعلى نجومها لا تتعجل بموت مستحقها. وإن كان الميت هو المستأجر فعلى المؤجر تمكين وارثه من استيفاء المنفعة فإن كان قد قبض الأجرة فلا مطالبة على الوارث وإن لم يكن قبض وهي مؤجلة أو منجمة حلت لأن موت من عليه الدين المؤجل يوجب حلوله ولا يوجبه موت من هو له.

فصل: إذا استأجر الرجل داراً ثم أراد أن يؤجرها بعد قبضها ما بقي له من مدة إجارته نظر فإن أجرها من غير مؤجرها جاز سواء أجرها بمثل الأجرة أو بأقل أو بأكثر أحدث فيها عمارة أو لم يحدث وإن أجرها من مؤجرها ففي جواز الإجارة وجهان:

فأحد الوجهين: أنها تحدث على ملك المؤجر فعلى هذا لا يصح أن يستأجر ما أجره.

والوجه الثاني: أنها تحدث على ملك المستأجر فعلى هذا يجوز أن يؤاجر من المؤجر وقد أشار الشافعي إلى هذا في كتاب الرهن.

وقال أبو حنيفة إن أجرها من المؤجر بمثل الأجرة أو أكثر صح وإن أجرها منه بأقل لم يجز بناء على أصله فيمن ابتاع سلعة ثم باعها على بائعها بأقل لم يجز.

قال وإن أجرها من غير مؤجرها بمثل الأجرة أو بأقل جاز فإن أجرها بأكثر لم يجز إلا يكون المستأجر قد أحدث فيها عمارة لتكون الزيادة في مقابلة عين ترى.

ودليلنا هو أن من ملك الإجارة في حق نفسه لم تتقدر عليه الأجرة كالمالك ولأن كل قدر صح أن يؤجر به المؤجر صح أن يؤجر به المستأجر كالمثل ولأن كل حال جاز له العقد فيها بقدر جاز له الزيادة عليه كما لو أحدث عمارة ولأنها منفعة ملكها بعوض فصح أن يزيل ملكه بأكثر من ذلك العوض كالزوج يجوز أن يخالع بأكثر من الصداق ولأنها معاوضة على ملك نفسه فيما لا تراعى فيه المماثلة فوجب أن يكون تقدير العوض إليه كالبيع.

فصل: فأما إذا أجر الرجل داره أراد المؤجر قبل انقضاء المدة وبعدها من الزمان فذلك ضربان:

أحدهما: أن يؤجرها من غير مستأجرها فهذا عقد باطل وإجارة فاسدة لمعنيين:

أحدهما: أن يد المستأجر الأول حائلة تمنع يد المستأجر الثاني فبطل عقده لزوال يده.

والثاني: أن المعقود عليه إذا كان معيناً وكان قبضه متأخراً بطل العقد عليه كما لو شرط

تأخير القبض في معين بعقد إجارة أو بيع.

والضرب الثاني: أن يؤجرها من مستأجرها مثل أن يؤجره إياها سنة ثم يؤجره سنة ثانية قبل مضي تلك السنة قال الشافعي صح العقد لأن اليد له وليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره ولأن سكناه في السنتين متصل فصار القبض معجلاً كما لو جمع بينهما في عقد.

وذهب بعض أصحابنا إلى خلاف ما نص عليه الشافعي فأبطل الإجارة كما لو عقدت مع غير المستأجر وفيما ذكرناه فساد قوله وفرق بين المستأجر و غيره.

فصل: وإذا أجر الرجل عبده ثم أعتقه صح العتق والإجارة على لزومها إلى انقضاء المدة والأجرة للسيد دون العبد لأنه قد ملكها بعقده، وهل للعبد أن يرجع على سيده بأجرة مثله بعد عتقه على قولين:

أحدهما: يرجع بها لأنه قد فوت عليه بعقده ما قد ملكه من منافع نفسه بالعتق فعلى هذا تكون نفقة العبد بعد عتقه على نفسه.

والقول الثاني: وهو الصحيح أنه لا رجوع له لاستحقاق ذلك عليه قبل عتقه. فعلى هذا في نفقته وجهان:

أحدهما: على سيده استيفاء لما تقدم من حكمي الإجارة والنفقة.

والوجه الثاني: في بيت المال من سهم المصالح لأن ذلك من جملتها و لكن لو أجر داراً ثم وقفها صح الوقف والإجارة بحالها ولم يرجع من وقفت عليه بشيء من أجرة مدة الإجارة قولاً واحداً واختص الواقف بها إلى انقضاء المدة لأن الوقف مقصور الحكم على شروط واقفة بخلاف العتق. وأما إذا أجر عبده ثم كاتبه فالكتابة باطلة لأنه لا يملك بها منافع نفسه لما تقدم من إجارته ولو كان قد ابتدأ بكتابته ثم أجره صحت الكتابة وبطلت الإجارة لأن السيد لا يملك منافعه بعد الكتابة ولكن لو أجره ثم دبره أو دبره ثم أجره صح التدبير والإجارة جميعاً بخلاف الكتابة لأن السيد يملك منافع مدبره بتدبيره ولا يملك منافع مكاتبه. ولو أجر أمته ثم صارت أم ولد له فالإجارة بحالها وكذلك لو أجرها بعد أن صارت أم ولد له صحت الإجارة لأنه مالك لمنافعها..

فصل: وإذا استأجر الرجل داراً فوجد ماء بئرها متغيراً قال أبو حنيفة: إن أمكن الوضوء به فلا خيار للمستأجر وعندنا أنه إن خالف معهود آبار تلك الناحية فله الخيار. فإن كان معهودهم الشرب من آبارهم فإذا كان تغيره يمنع من شربه فله الخيار وإن أمكن الوضوء به وإن كان معهودهم أن لا يشربوا منها فلا خيار إلا أن لا يستطاع الوضوء منها ولو نقص ماء البئر فإن كان معهوداً في وقته فلا خيار وإن كان غير معهود في ذلك الوقت فإن كان مع نقصانه كافياً لما يحتاج إليه المستأجر من شرب أو طهور فلا خيار له وإن كان مقصراً فله الخيار. فأما رحى الماء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره لأنه لا يوهن في عمله. ولو نقص ماؤه فله الخيار إلا أن يكون معهوداً في وقته فلا خيار فيه والله أعلم.

بَابُ كِرَاءِ الإِبلِ وَغَيْرِهَا

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكِرَاءُ الإِبِلِ جَائِزٌ لِلْمُحَامِلِ وَالزَّوَامِلِ وَالرِّجَالِ وَكَذَلِكَ الدَّوَابُ لِلسُّرُوجِ وَالأُكُفِ وَالْحَمُولَةِ».

قال الماوردي: ذكر الشافعي في الإجارات ثلاثة كتب:

أحدهما: إجارة الدور والأرضين وقد مضى.

والثاني: إجارة الإبل والبهائم وهو هذا.

والثالث: تضمين الأجراء ويأتي. ورووا وإجارة البهائم جائزة لرواية أبي أمامة قال: قُلْتُ لابْنِ عُمَرَ إِنِّي رَجُلٌ أُكْرِي إِبِلِي أَفَتُجْزِىءُ عَنِّي مِنْ حَجَّتِي فَقَالَ: أَلَسْتَ تُلَبِّي وَتَقِفُ وَتَرْمِي؟ قُلْتُ بَلَى. قَالَ ابنُ عُمَرَ سَأَلَ رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَمَّا سَأَلْتَنِي عَنْهُ فَلَمْ يُجِبْهُ حَتَّى أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] وقال تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨] فكان على عموم الإباحة في ركوبها بالملك والإجارة وَلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ شَاهَدَ النَّاسَ عَلَى هَذَا فَأَقَرَّهُمْ عَلَيْهِ فَصَارَ شَرْعاً.

ولأن الصحابة قد عملت به ولم يختلف فيه فصار إجماعاً ولأن الضرورة داعية إليه والحاجة باعثة عليه فكان مباحاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: فإذا ثبت هذا فالحيوان ضربان: منتفع به وغير منتفع به فما كان غير منتفع به لم تجز إجارته لعدم المنفعة التي يتوجه العقد إليها وما كان منتفعاً به فعلى ضربين:

أحدهما: ما كانت منفعته أعياناً كالدر والنسل فإجارته لا تجوز كما لا تجوز في النخل والشجر لأن الأعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها فلم يجز قبله بخلاف منافع الآثار.

والضرب الثاني: ما كانت منفعته آثاراً وهي على ضربين: ظهر وعمل. فأما الظهر فكالخيل والبغال والحمير والإبل وبعض البقر فإجارة ظهرها جائزة للركوب والحمولة على ما سنصفه.

وأما العمل فكالحرث وإدارة الدواليب والاصطياد فإجارة عملها جائزة وسواء فيه

الآدميون والبهائم لإباحة منافعهم ما لم يكن حيواناً نجساً فإن كان نجساً كالكلب ينتفع به في صيد أو حرث أو ماشية ففي جواز إجارته وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في منفعة الكلب هل هي مملوكة أو مستباحة فأحد الوجهين: أنها مملوكة لجواز التصرف فيها كالتصرف في منافع سائر المملوكات فعلى هذا تجوز إجارته.

والوجه الثاني: أنها مستباحة غير مملوكة لأنه لما لم يصح ملك الرقبة ولا المعاوضة عليها لم يصح ذلك في منافعها التي هي تبع لها فعلى هذا لا تجوز إجارته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ مَغِيبٌ حَتَّى يَرَى الرَّاكِبِينَ وَظُوفَ الْمَحْمَلِ وَالوِطَاءِ وَالظِّلِّ إِنْ شَرَطَهُ لأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ فَيَتَبَايَنُ وَالْحُمُولَةُ بِوَزْنٍ مَعْلُومٍ أَوْ كَيْلٍ مَعْلُومٍ فِي ظُروفٍ تُرَى أَوْ تكونُ إِذَا شُرِطَتْ عُرِفَتْ مِثْلُ غَرَائِرَ جَبَلِيَّةٍ وَمَا أَشْبَهُ هَـذَا وَإِنْ ذَكَرَ مَحْمَلاً أَوْ مَرْكَباً أَوْ زَامِلَةً بِغَيْرِ رُؤْيَةٍ وَلاَ صِفَةٍ فَهُوَ مَفْسُوخٌ لِلْجَهْلِ بِذَلِكَ وَإِنْ أَكْرَاهُ مَحْمَلاً وَأَرَاهُ إِيَّاه وَقَالَ مَعَهُ مَعَالِيقُ أَوْ قَالَ مَا يُصْلِحُهُ فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ فَاسِدٌ وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ لَهُ بِقَدْرِ مَا يَرَاهُ النَّاسُ وَسَطاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال. كراء البهائم على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكترى للركوب.

والثاني: ما يكترى للحمولة.

والثالث: ما يكترى للعمل.

فأما ما يكترى للركوب فيحتاج إلى ثلاثة شروط:

أحدها: ذكر جنس المركوب من فرس أو بغل أو حمار أو بعير لأن أغراض الناس فيها مختلفة لما فيها من الجمال والقبح ولأن وطاء ظهرها متباين وسيرها مختلف فإن لم يذكر جنس المركوب بطلت الإجارة فأما ذكر نوعه وصفته فلا يلزم لأن تأثير ذلك في الفيم. فإن أركبه خطماً أو قحماً أو ضرعاً فذلك معيب فله الرد فأما صفة مشيه فإن كان مما لا يختلف مشي جنسه كالبغال والحمير والإبل لم يحتج إلى ذكره في العقد.

وإن كان مما يختلف مشيه كالخيل وصف مشي المركوب من مهملج أو قطوف فإن أخل بذلك احتمل وجهين:

أحدهما: صحة الإجارة وركب الأغلب من خيل الناس. **والثاني**: بطلانها لما فيه من التباين واختلاف الأغراض هذا فيما وصف بالعقد ولم يعين. فأما ما عين بالعقد فلا يحتاج إلى ذلك فيه فيصير المركوب معلوماً بأحد وجهين: إما بالتعيين والإشارة وإما بالذكر والصفة ويصح العقد فيهما وهما في صحة العقد على سواء وإن اختلفا في بعض الأحكام، والشرط الثاني تعيين الراكب بالمشاهدة دون الصفة فإن وصف الراكب من غير تعيين ولا مشاهدة لم يجز لاختلاف حال الراكب في بدنه وحركاته التي لا تضبط بالصفة.

فإن أراد بعد تعيينه بالعقد أن يبدل نفسه بغيره ليركب في موضعه فإن استبدل بمن كان مثله في الثقل والحركة أوأخف جاز ولم يجز أن يستبدل بمن هو أثقل. ولو أراد الجمال المكري أن يبدل البعير الذي وقع العقد عليه معيناً لم يجز بخلاف الراكب.

والفرق بينهما أن حق الركوب للراكب فجاز أن يستوفيه بنفسه وبغيره فصار وإن تعين في الاستحقاق غير معين في الاستيفاء وليس كالبعير الذي قد تعين استيفاء الحق منه.

والشرط الثالث: ذكر ما يركب فيه من سرج أو قتب أو على زاملة أو في محمل لأنها تختلف على البهيمة والراكب فإن كان ذلك على سرج أو قتب أو زاملة صح أن يكون مشاهداً وموصوفاً فيصير بكل واحد من هذين معلوماً فإن لم يشاهده ولم يوصف صح إن كان مشروطاً على الجمال وبطل إن كان مشروطا على الراكب؛ لأنه إذا كان مشروطاً على الجمال فهو مستأجر مع البعير فصح أن لا يوصف كما يصح أن لا يوصف البعير وإذا كان مشروطاً على الراكب فهو محمول بأجرة فلم يصح أن لا يوصف كما لا يصح أن لا يوصف كل محمول. وأما المحمل فإن كان مشروطاً على الجمال صح وإن أشار إلى الجنس المعهود منها صح أن لا يشاهد ولا يوصف وإن كان مشروطاً على الراكب فلا بد أن يكون معلوماً بالمشاهدة. فأما بالصفة فلا يصير معلوماً لاختلافها مع السعة والضيق بالثقل والخفة لاختلاف أغراض الناس فيها وتباين مقاصدهم فلم يكن فيه عرف يقصد ولا صفة تضبط وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه يصير معلوماً بالصفة ويصح العقد فيه كما يصح في المشاهدة، وحكي عن أبي إسحاق المروزي أنها إن كانت من محامل بلد لا تختلف كالبغدادية جاز وإن كانت مختلفة كالخراسانية لم يجز وكلا القولين يفسد بما ذكرنا فإن شرط على المحمل ظلاً احتاج فيه إلى شرطين:

أحدهما: أن يكون الظل معلوماً والعلم به قد يكون بالمشاهدة تارة وبالصفة أخرى بخلاف المحمل.

والثاني: ذكر ارتفاعه وانخفاضه لاختلاف ذلك على البعير والراكب.

فأما المعاليق فهي ما يتعلق على المحمل من توابعه وأدوات راكبه كالقربة والسطحية والزنبيل والقدر وكذا المضربة والمخدة فإن شوهد ذلك مع المحمل أو وصف مع مشاهدة المحمل صار بكلا الأمرين معلوماً وصح العقد وإن أطلق ذكرها من غير مشاهدة ولا صفة فإن كانت معاليق الناس بذلك البلد مختلفة بطل العقد وإن كانت متقاربة ففيه قولان:

أحدهما: وهو القياس بطلان الإجارة لأن التماثل فيها متعذر.

والقول الثاني: جوازها لضيق الأمر في مشاهدتها أو صفتها وإن العمل بإطلاقها جائز وعرف الناس فيها مقصود.

فصل: وأما ما يكترى للحمولة فيحتاج إلى شرط واحد وهو أن يكون المتاع المحمول معلوماً ولا يحتاج إلى ذكر جنس المركوب وصفته بخلاف الركوب لأن أغراض الناس في

ركوبهم مختلفة فمنهم من يستقبح ركوب الحمير من الدواب والعراب من الإبل ولا يرضى إلا بركوب الخيل من الدواب والبخاتي من الإبل ومنهم من لا يستقبح ذلك ولا يرضاه فاحتاج إلى ذكر جنس المركوب. وأما الحمولة فالقصد منها إيصالها إلى البلد المقصود وليس له غرض يصح في اختلاف ما يحمل عليه فلم يحتج إلى ذكر جنسه. وإذا كان الشرط المعتبر بعد ذكر البلد المقصود أن تكون الحمولة معلومة فقد تصير معلومة بواحد من أمرين: هما المشاهدة أو الصفة، فإن شاهد الحمولة صارت معلومة وإن لم يقف على قدر وزنها كما لو شاهد الصبرة المبيعة صح البيع وإن لم يعلم قدر كيلها.

وفيه قول آخر أنه لا تصح الإجارة حتى تكون معلومة القدر والوزن عندهما مع المشاهدة مخرج من دفع الدراهم جزافاً في السلم هل يصح أم لا على قولين. كذلك هذا لأن عقد الإجارة والسلم جميعاً غير منبرم بخلاف البيع.

وإن لم يشاهد الحمولة ووصفت صح واحتاجت في الصفة إلى شرطين:

أحدهما: ذكر الجنس من قطن أو حديد أو حنطة أو ثياب.

والثاني: ذكر الوزن وأنه مائة رطل وإن كان مكيلاً جاز أن يذكر قدره كيلاً كالبيع وإن كان الوزن فيه أحوط والعرف فيه أكثر فلو كان المحمول زاداً فذكر وزنه ولم يذكر أجناسه لم يجز لاختلاف كل جنس فإن ذكر كل جنس وقدره من كعك ودقيق وتمر وسويق جاز ثم إن كان مما لا يستغنى عن ظروف فلا بد من أن تكون الظروف معلومة إلا أن تكون داخلة في وزن المتاع المحمول فيجوز أن تجهل.

وإن تميزت عنه فلا بد من العلم بها وقد يكون ذلك بالمشاهدة تارة وبالصفة أخرى فإن أطلقها ولم يذكر الجنس لم يجز وإن ذكر الجنس من غير صفة فإن كان الجنس مختلفاً لم يجز وإن كان الجنس متفقاً متقارباً كالغرائز الجبلية جاز فإن استأجره لحمل قطن فأراد أن يحمل مكانه حديداً لم يجز لأن الحديد يجتمع على جنب البعير فيضغطه والقطن يتجافى عنه وهكذا لو استأجره لحمل حديد فأراد أن يحمل مكانه قطناً لم يجز لأن القطن لتجافيه تستقبله الرياح فيشق على البعير وليس كذلك الحديد لاجتماعه وصغره ولكن لو استأجر لحمل حنطة جاز أن يحمل غيرها من الحبوب التي تقارب الحنطة كالشعير والعدس كما جاز في الركوب أن يبدل الراكب مثله وعلى هذا لو استأجر ليركب على سرج فركب عرياً لم يجز لأن ركوب البهيمة عرياً يضر بها ولو استأجر ليركب عرياً فركب على سرج لم يجز لأنه زيادة حمولة لم يشترطها.

فصل: وأما ما يكترى للعمل فقد يكرى لأربعة أنواع من العمل فإن شاء غيرها كان ملحقاً بأحدها فأحد أنواع العمل أن يستأجر لحرث الأرض فيعتبر في صحة الإجارة على ذلك ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون جنس البهيمة المستأجرة للحرث معلوماً إما بالمشاهدة أو بالذكر من

ثور أو بقرة أو جاموس أو بغل لأن عمل كل جنس منها مختلف.

والشرط الثاني: أن تكون ناحية الأرض المحروثة معلومة وإن لم تكن الأرض معلومة لأن النواحي قد تختلف أرضها في الصلابة والرخاوة.

والشرط الثالث: أن يكون العمل معلوماً والعلم به قد يكون من أحد وجهين: إما بتقدير العمل مع الجهل بالمدة كاشتراطه حرث عشرة أجربة فيصح مع الجهل بالمدة وإما بتقدير المدة مع الجهل بقدر العمل كاشتراط حرث شهر فيصح مع الجهل بقدر العمل فيصير المعقود عليه بكل واحد من هذين معلوماً.

والنوع الثاني من أنواع العمل: أن يستأجر لدياس الزرع من البر والشعير فيحتاج إلى شرطين:

أحدهما: ذكر جنس الزرع من بر أو شعير لاختلافه.

والثاني: العلم بقدر العمل وقد يتقدر من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: بمشاهدة الزرع ورؤيته فيصير العمل معلوماً وتصح الإجارة عليه بهذين الشرطين وإن لم يذكر جنس ما يدرس به من البهائم.

والوجه الثاني: أن يقدر العمل بالباقات والحزم فلا تصح لاختلاف ذلك في الصغر والكبر. **والوجه الثالث:** أن يقدر بالزمان كاشتراطه أن يدوس ررعه شهراً فيصح ويصير العمل بالزمان معلوماً وتحتاج صحة العقد مع الشرطين الماضيين إلى شرط ثالث وهو ذكر جنس ما يدوس به من البهائم مع ذكر العدد لأن لكل جنس من البهائم في الدياس أثراً يخالف غيره من الأجناس.

والنوع الثالث من أنواع العمل أن يستأجر لإدارة الدواليب فتعتبر صحة الإجارة فيه بثلاثة شروط: **أحدها:** أن تكون البهيمة معلومة إما بالمشاهدة والتعيين وإما بذكر الجنس من بقرة أو بعير لأن عمل كل جنس يخالف غيره، **والثاني:** يعتبر الدولاب الدار ولا تقع فيه الصفة لأنها لا تضبطه ولا تقوم مقام المشاهدة لاختلاف الدواليب بالصغر والكبر في خفة الخشب وثقله وضيق الكوز وسعته وكثرته قلت فإن لم يشاهد الدولاب لم يجز والثالث أن يكون قدر العمل معلوماً والعلم به يتقدر بالمدة ولا يتقدر بالعمل لأنه إذا قدر ذلك بسقي عشرة أجربة فقد يروى بقليل الماء وقد لا يروى إلا بكثيره فلا يصير تقدير العمل معلوماً فاحتيج إلى تقديره بالمدة فيستأجر لسقي شهر فيصير العمل بالمدة معلوماً. فإن قيل فقد تخرج من المدة أوقات الاستراحة وزمان العلوفة فيصير العمل بذكر المدة مجهولاً قيل هذه أوقات استثناها العرف والشرع فهي وإن لم تتقدر شرطاً تقدرت عرفاً وكان تفاوت العرف فيها يسيراً يعفى عنه لعدم التحرر منه.

والنوع الرابع من أنواع العمل أن يستأجر لاصطياد صيد فيحتاج إلى ثلاثة شروط:

أحدها: ذكر جنس الجارح من فهد أو نمر أو باز أو صقر وأما الكلب فعلى وجهين

ذكرناهما. ولو عين الجارح في العقد كان أولى لاختلافها في الضراوة والتعليم وإن لم يعينه وأطلق ذكر الجنس بعد وصفه بالتعليم صح.

والشرط الثاني: ذكر ما يرسل عليه من الصيد من غزال أو ثعلب أو حمار وحش لأن لكل صيد من ذلك أثراً في إتعاب الجارح فإن شرطا جنساً فأرسله على غيره جاز إن كان مثله أو أقرب وإن كان أصعب صار متعدياً وضمن الجارح إن هلك وأجرة تعديه على ما سنذكره.

والشرط الثالث: أن يكون العمل معلوم القدر ولا يتقدر ذلك إلا بالزمان كاشتراطه اصطياد شهر فأما تقديره بأعداد ما يصطاد فلا يصح لأنه قد يعن له الصيد ولا يعن وقد يصيد إذا عن وقد لا يصيد فهذا تفصيل ما تكرى له البهائم من المنافع المألوفة.

فصل: فأما آلة الركوب والحمولة إذا أطلق اشتراطها على أحد المتعاقدين من المكرى والمكتري فينظر فيها فما كان منها للتمكين من الركوب والحمل كالحوية والقتب والأكاف والخطام فكله على الجمال المكرى لأن الركوب لا يمكن إلا به فكان من حقوق التمكين اللازمة له وما كان منها لتوطية المركوب كالمحمل والوطاء والظل وما يعلق به المحمل على ظهر البعير من بردعة زائدة فكل ذلك على الراكب المكتري. فأما الحبل الذي يشد بين المحملين يجمع بينهما ففيه لأصحابنا وجهان: أحدهما: أنه على الجمال المكري لأنه من آلة التمكين.

والثاني: أنه على الراكب المكتري لأنه من آلة المحمل اللازم له؛ فأما الحبل الذي يشد به المحمل على البعير فعلى الجمال المكري باتفاق أصحابنا لأنه من آلة التمكين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى**: «وَإِنْ أَكْرَاهُ إِلَى مَكَّةَ فَشَرَطَ سَيْراً مَعْلُوماً فَهُوَ أَصَحُّ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ فَالَّذِي أَحْفَظُهُ أَنَّ السَّيْرَ مَعْلُومٌ عَلَى الْمَرَاحِلِ لأَنَّهَا الأَغْلَبُ مِنْ سَيْرِ النَّاسِ كَمَا أَنَّ لَهُ مِنَ الْكِرَاءِ الأَغْلَبَ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ وَأَيُّهُمَا أَرَادَ الْمُجَاوَزَةَ أَوِ التَّقْصِيرَ لَمْ يَكُنْ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن السير لا يمكن أن يتصل ليلاً أو نهاراً فلم يكن بد من وقت استراحة ووقت سير فإن شرطا في عقد الإجارة قدر سيرها في كل مرحلة بفراسخ معلومة وفي وقت من الزمان معلوم كأول النهار أو آخره أو أول الليل أو آخره أو طرفي النهار صح العقد وحملا على شرطهما سواء وافقا فيه عرف الناس أو خالفاه كما لو شرطا في الأجرة نقداً سمياه صح به العقد سواء وافقا فيه الأغلب من نقود الناس أو خالفاه وإن لم يشترطا سيراً معلوماً في زمان معلوم نظر فإن كان سير الناس في طريقهم معلوماً بمنازل قد تقدرت لهم عرفاً وفي زمان قد صار لهم إلفاً كمنازل طريق مكة في وقتنا وسير الحاج فيها في أوقات راتبة صحت الإجارة مع إطلاق السير وحملا على عرف الناس في سيرهم قدراً ووقتاً وإن كان سير الناس مختلفاً بطلت الإجارة كما أن إطلاق النقد في الأجرة يوجب حملها على الأغلب من نقد البلد فإن كان نقد الناس مختلفاً بطلت الإجارة.

فصل: وإذا أراد أحد المتكاريين بعد استقرار المسير بينهما في قدره وزمانه إما بالشرط أو العرف أن يخالف في زيادة أو نقص وإن تخالفت زمانه في تقديم أو تأخير لم يكن له ذلك وحمل من فارق الشرط أو العرف على ما التزماه شرطاً أو عرفاً مثل أن تكون المرحلة خمس فراسخ فأراد المكتري أن يستزيد ليعجل المسير أو أراد المكري أن ينقص لترفيه البعير.

أو كان في الليل فأراد المكتري أن يسير نهاراً أو كان في النهار فأراد المكتري أن يسير ليلاً لأن سير الليل أرفق بالبعير وأشق على الراكب وسير النهار أرفق بالراكب وأشق على البعير لم يجز وحمل المخالف منهما حقه على ما يستحقه بالشرط والعرف وهكذا لو طلب الجمال أن يخرج عن القافلة في مسيره طلباً للكلأ أو السعة أو طلب ذلك الراكب لم يجز.

فصل: فأما نزول الراكب للرواح ليمشي تخفيفاً على البعير فإن شرطه الجمال على الراكب وكان معلوماً صح ولزم وجرى ذلك مجرى أوقات الاستراحة وإن لم يشرطه الجمال على الراكب فإن لم يكن للناس في سفرهم ذلك عرف في الرواح لم يجب على الراكب وكان له استدامة الركوب ما كانوا على السير وإن كان لهم عرف في الرواح كعرفهم في طريق مكة ففيه وجهان:

أحدهما: يجب على الراكب أن يمشي للرواح اعتباراً بالعرف.

والثاني: لا يجب عليه تغليباً لحكم العقد.

فصل: فأما إذا اكترى لنفسه أو لعبده عقبة ليمشي وقتاً ويركب وقتاً فيمشي بقدر ما ركب فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترك فيها اثنان فيستأجرا بعيراً ليتعاقباه فهذا جائز سواء كان على بعير معين أو غير معين ثم يحمل الشريكان في تعاقبهما على عرف الناس.

وهو أن يركب أحدهما ستة أميال ثم ينزل فيمشي حتى يركب شريكه مثلها فإن تنازعا في الأسبق منهما بالركوب جاز أن يقترعا لأنها في القسم الذي تدخله القرعة.

والضرب الثاني: أن يكون مستأجر العقبة واحد يركب في وقت ويمشي في وقت فلا يخلو حال البعير من أحد أمرين: إما أن يكون معيناً أو غير معين فإن كان غير معين صحت الإجارة.

وقال الشافعي وله عقبة على ما يعرف الناس ثم ينزل فيمشي بقدر ما ركب ولا يتابع المشي فيقدح ولا الركوب فيضر ببعيره يعني أنه يحمل على عرف الناس في الوقت في ركوبه ومشيه وهو ما ذكرناه من الأميال الستة إلا أن يشترطا أقل من ذلك أو أكثر فهو على شرطهما وإن كان البعير معيناً ففي صحة الإجارة عليها وجهان:

أحدهما: صحيحة كالرواح الذي يجوز اشتراطه مع تعين البعير.

والوجه الثاني: قاله المزني وهو الأصح أن الإجارة عليها باطلة لأن العقد فيها وقع على عين شرط فيها تأخير القبض وخالف اشتراط الرواح الذي هو يسير كالاستراحة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ تَكَارَى إِبِلاً بِأَعْيَانِهَا رَكِبَهَا وَإِنْ ذَكَرَ حَمُولَةً مَضْمُونَةً وَلَمْ تَكُنْ بِأَعْيَانِهَا رَكِبَ مَا يَحْمِلُهُ غَيْرَ مُضِرٍّ بِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن كراء الإبل معين ومضمون فالمعين أن يكتري بعيراً بعينه قد رآه فيوقع العقد عليه وليس للراكب أن يستبدل به ولا للجمال إلا عن مراضاة فإن ظهر بالبعير عيب من صعوبة ظهر أو خشونة سير كان له الخيار في المقام أو الفسخ كما يفسخ بظهور العيب في بيوع الأعيان. فإن هلك البعير بطلت الإجارة وصار كانهدام الدار وموت العبد فيكون على ما مضى.

وأما المضمون فهو أن يكتري منه ركوبة بعير لا يعينه أو حمولة مضمونة في ذمته ويختار أن يقول في العقد بعيراً من الإبل السمان المسان المذلل تأكيداً فإن أغفله صح العقد وعلى الجمال أن يحمله على بعير وطيء الظهر سهل السير فإن أركبه بعيراً خشن الظهر صعب السير فله مطالبة الجمال ببدله مما لا عيب في سيره كما يستبدل بالسلم المضمون إذا وجد به عيباً وهكذا لو مات البعير طالب بغيره ولو أراد الراكب والبعير وطيء الظهر سهل السير أن يطالبه بأوطأ منه وأسهل لم يكن له كما لم يكن له في السلم إذا دفع إليه على صفته أن يطالبه بما هو أجود فلو أراد الجمال أن يبدل البعير الذي قد استوطأه الراكب بغيره من الإبل الوطيئة فإن انزعج به الراكب أو استضر لم يكن له وإن لم ينزعج به جاز ولم يكن للراكب عليه اعتراض.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَعَلَيْهِ أَنْ يُرْكِبَ الْمَرْأَةَ وَيُنْزِلَهَا عَنِ الْبَعِيرِ بَارِكاً لأَنَّهُ رُكُوبُ النِّسَاءِ».

قال الماوردي: اعلم أن القيام بالبعير المكري في قوده وتسييره ونزوله ورحيله مستحق على الجمال المكري دون الراكب المكتري سواء وقع العقد على معين أو مضمون لما عليه من حقوق التمكين. وإذا كان كذلك فعليه إذا كان الراكب امرأة أن ينيخ لها البعير إذا أرادت الركوب أو النزول لتركب وتنزل والبعير بارك سواء قدرت على الركوب والنزول مع قيام البعير أو لا لأنه المعهود من ركوب النساء فحملت عليه ولأن في ركوبها والبعير قائم هتكاً وتبرجاً فمنع منه. فأما الرجل فإن كان شيخاً أو مريضاً أو ثقيل البدن أو ممن لا يحسن ركوب البعير القائم فعليه أن ينيخ له البعير في ركوبه ونزوله كالمرأة. وإن كان شاباً سريع النهضة يحسن ركوب البعير القائم وقف له البعير حتى يركبه ولم يلزمه أن ينيخه له بخلاف المرأة والشيخ فإن كان على البعير ما يتعلق به لركوبه عليه تعلق به وركب وإن لم يكن عليه شبك له الجمال بين أصابعه ليرقى عليها فيتمكن من ركوب البعير على ما جرى به العرف والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيُنْزِلَ الرَّجُلَ لِلصَّلاَةِ وَيَنْتَظِرَهُ حَتَّى يُصَلِّيَهَا غَيْرَ مُعْجِلٍ لَهُ وَلِمَا لاَ بُدَّ لَهُ مِنْهُ مِنَ الْوُضُوءِ».

قال الماوردي: اعلم أن كل ما لا يقدر الراكب أن يفعله على البعير فعلى الجمال أن ينزله لأجله وما قدر على فعله لم ينزله؛ فمما لا يقدر على فعله راكباً كحاجته إلى الغائط والبول وكذلك الوضوء لمن لم يشترط محملاً وصلاة الفرض لأنه وإن قدر عليها راكباً فالشرع يمنع من أدائها إلا نازلاً فإذا نزل لذلك لم يكن له أن يتباطأ ولا للجمال أن يعجله ويمكنه من قضاء حاجته وطهارته ومن أداء صلاته بفروضها وسننها فإن تثاقل في الحاجة وتباطأ عن العادة منع فإن كان طبعاً فيه وعادة له كان عيباً والجمال بالخيار بين الصبر له على ذلك أو فسخ الإجارة.

هكذا لو كان غير الركوب خير الجمال بين المقام أو الفسخ إلا أن يستبدل الراكب بنفسه من لا يكون عسوفاً فلا خيار للجمال فأما ما يمكن الراكب أن يفعله راكباً كالأكل والشرب وصلاة النافلة فليس على الجمال أن ينزله لذلك وسواء كانت النافلة من السنن الموظفات أو كانت تطوعاً لأن فعل الجميع على البعير جائز.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَكَارَى بَعِيراً بِعَيْنِهِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ إِلَّا عِنْدَ خُرُوجِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقد قدمنا أن إجارة الظهر للركوب أو الحمولة ضربان معينة ومضمونة؛ فإن كانت معينة على بعير بعينه جاز أن يتقدر ركوبه بالمدة فيستأجره ليركبه من البصرة إلى مكة فيصير الركوب معلوماً بكلا الأمرين بالمدة والمسافة وتصح الإجارة عليه فإن شرط في هذا العقد المعين أجلاً جعل محلاً للقبض والتسليم كقوله أجرتك هذا البعير لتركبه إلى مكة على أن أسلمه إليك بعد شهر أو بعد يوم لم يجز وكان العقد فاسداً سواء قل الأجل أو كثر وقال أبو حنيفة يجوز العقد سواء قل الأجل أو كثر وقال مالك إن قل الأجل صح العقد وإن كثر فسد استدلالاً بأن قبض المنافع في الإجارات يتأخر حكماً في المضمون والمعين فجاز أن يكون إقباض الرقبة متأخراً شرطاً في المضمون والمعين.

ودليلنا هو أن ما تعين بعقود المعاوضات لم يجز تأجيل قبضه كالبيع ولأن عقود المنافع إذا تعينت رقابها بطلت بتأجيل إقباضها كالزوجة إذا شرط تأجيل تسليمها ولأنه عقد على منفعة عين يتخلل بين العقد والتسليم منفعة يستحقها غير العاقد فوجب أن يبطل العقد كالعقد على امرأة ذات زوج.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن المنافع يتأخر قبضها حكماً فجاز أن يتأخر شرطاً فهو أن قبض المنافع متعجل وإنما الاستيفاء متأخر لتعذر التعجيل فيه وليس كالرقبة التي لا يتعذر تعجيل قبضها فإذا ثبت أن تأخير القبض بشرط لا يصح فإن وقع العقد مطلقاً ثم تأخر القبض فالعقد صحيح كالعين المبيعة إذا تأخر قبضها من غير شرط.

فصل: فأما المضمون في الذمة فيجوز تقدير الركوب فيه بالمدة والمسافة كالمعين ويجوز تعجيله وتأجيله بخلاف المعين لأن ما ضمن في الذمة لم يمتنع فيه تأجيل القبض

كالسلم فإن عقد حالاً جاز أن تكون الأجرة فيه حالة ومؤجلة وإن عقد مؤجلاً كاستئجاره ركوب بعير في ذمته يركبه إلى مكة بعد شهر من وقته لم يجز تأجيل الأجرة فيه لأنها تصير ديناً بدين، وهل يلزم تعجيل قبضها قبل الافتراق أم لا على وجهين:

أحدهما: يلزم كالسلم المضمون فإن تفرقا قبل القبض بطل العقد. **والوجه الثاني**: لا يلزم ويجوز أن يتفرقا قبل القبض كما يجوز في العقد المعجل وإن كان مضموناً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ مَاتَ الْبَعِيرُ رَدَّ الْجمالُ مِنَ الْكِرَاءِ مِمَّا أَخَذَ بِحِسَابِ مَا بَقِيَ وَإِنْ كَانَتِ الْحَمُولَةُ مَضْمُونَةً كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِإِبِلٍ غَيْرِهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن موت البعير المكتري يوجب فسخ الإجارة إن كان العقد معيناً ولا يوجب الفسخ إن كان العقد مضموناً وإذا انفسخ في المعين كان في حكم الدار إذا انهدمت والعبد إذا مات. وإذا لم ينفسخ في المضمون طولب الجمال ببدله.

فصل: فأما إن لم يمت البعير ولكن شرد البعير من راكبه فإن لم يوجد فهو كما لو مات غير أنه إن نسب شرود البعير إلى تفريط الراكب أو تعديه ضمنه وإن لم ينسب إلى تفريطه أو تعديه لم يضمنه وإن وجد البعير بعد تقضي مدة المسير فإن نسب إلى تفريط الراكب فقد استوفى حقه ولا رجوع عليه بالأجرة لأنها بالتفريط مضمونة عليه كالرقبة وإن لم ينسب إلى تفريطه فهو غير مضمون عليه ثم ينظر في عقد الإجارة فإن كان الركوب فيه مقدراً بالمدة فإذا انقضت والبعير شارد بطلت الإجارة سواء كان البعير معيناً أو مضموناً لأن بانقضاء المدة يفوت المعقود عليه كمن استأجر داراً شهراً فلم يقبضها حتى انقضى الشهر بطلت الإجارة وإن كان الركوب مقدراً بالمسافة لم تبطل الإجارة لبقاء المعقود عليه وإن تأخر قبضه فصار كمن استؤجر لعمل فأخره لم تبطل الإجارة ثم الراكب بالخيار للضرر الداخل عليه بتأخير السير بين المقام أو الفسخ.

فصل: فأما إذا غصب البعيرحتى انقضت مدة السير فإن كان ذلك منسوباً إلى منع المكري منه فهو في الحكم كما لو شرد وإن كان غصباً من أجنبي حال بين البعير وبين ربه وراكبه وصار ضامناً لرقبته وأجرة منافعه ففي العقد قولان: بناء على اختلاف قوليه في المبيع؛ إذا استهلكه أجنبي قبل قبض مشتريه.

فأحد القولين: أن البيع قدبطل ويرجع المشتري بالثمن..

والقول الثاني: أنه لا يبطل والمشتري بالخيار بين الفسخ و الرجوع على البائع بالثمن وبين المقام والرجوع بقيمة المبيع على مستهلكه كذلك الإجارة كالبيع على قولين:

أحدهما: أنها قد بطلت إن كان الركوب مقدراً بالمدة فهو على ما مضى في شرود البعير وهذا أصح القولين في البيع والإجارة معاً.

والقول الثاني: أن الإجارة لا تبطل وهو فيها بالخيار فإن كان الركوب مقدراً بالمدة كان

خياره بين شيئين بين المقام على الإجارة والرجوع على الغاصب بأجرة المثل وبين الفسخ والرجوع على المكري بالأجرة المسماة وإن كان الركوب مقدراً بالمسافة كان خياره بين ثلاثة أشياء:

أحدها: الفسخ والرجوع بالمسمى.

والثاني: المقام وأخذ أجرة المثل من الغاصب وقد استوفي.

والثالث: المقام وركوب البعير ويرجع الجمال المالك على الغاصب بأجرة المثل فأي هذه الثلاثة اختاره الراكب فهو له.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الرِّحْلَةِ رَحَلَ لاَ مَكْبُوباً وَلاَ مُسْتَلْقِياً».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في هذه الرحلة فقال أبو علي بن أبي هريرة تأويله أن يدعو الراكب إلى تقديم المحمل إلى مقدمة البعير ليكون أوطأ لركوبه ويدعو الجمال إلى تأخير المحمل إلى مؤخر البعير ليكون أسهل على البعير وإن شق على الراكب فلا يرجع إلى قول واحد منهما ويراعى عرف الناس فيه فيجعل المحمل وسطاً لا يقدم ولا يؤخر حتى لا ينكب ولا يستلقي وحكي عن أبي إسحاق المروزي أن تأويله أن يدعو الراكب إلى أن يوسع قيد المحمل المقدم حتى ينزل ويضيق قيد المؤخر حتى يعلو ليستلقي الراكب على ظهره فلا ينكب لما فيه من رفاهيته ويدعو الجمال إلى توسيع المؤخر لينزل ويضيق المقدم ليعلو لينكب الراكب على وجهه فيكون أرفه على البعير ليصير الحمل على عجزه فلا يقبل من واحد منهما ويراعى عرف الناس فيه فيسوى بين قيد المقدم والمؤخر حتى لا ينكب ولا يستلقي وقال أبو علي الطبري تأويله أن يدعو الراكب إلى تضييق قيدي المحمل ليعلو على ظهر البعير ويدعو الجمال إلى توسيعهما ليستلقي على جنب البعير فيمنعا ويشد وسطاً لا عالياً ولا مستلقياً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالْقِيَاسُ أَنْ يُبَدِّلَ مَا يَبْقَى مِنَ الزَّادِ وَلَوْ قِيلَ إِنَّ الْمَعْرُوفَ مِنَ الزَّادِ يُنْقَصُ فَلاَ يُبْدَلُ كَانَ مَذْهَباً (قَالَ الْمُزَنِيُّ) الأَوَّلُ أَقْيَسُهُمَا».

قال الماوردي: وصورتها في مسافر اكترى من جمال جملاً ليركبه ويحمل مائة رطل من زاد ليأكله في سفره ففني بالأكل أو فني بعضه فهل للمكتري أن يبدل ما فني من الزاد بمثله أم لا فيه قولان:

أحدهما: له أن يبدل ما فني منه كما يبدل ما سرق منه وكما يبدل المتاع لو تلف بغيره وكما يحمل بدل الماء الذي يشربه وهذا اختيار المزني لأنه أقيس.

والقول الثاني: لا يبدل ما فني منه بالأكل اعتباراً بالعرف المعهود فيه أن الزاد إذا فني

بالأكل لم يبدل فكان العرف فيه أولى أن يعتبر ولأن أجرة الزاد في العرف أقل من أجرة المتاع لما اسفرت به العادة من إبدال المتاع دون الزاد.

وقال أبو إسحاق المروزي إن كانت أسعار الزاد في المنازل متقاربة في الرخص والغلاء وكان انقطاعه مأموناً لم يكن له إبداله لأنه لا غرض في حمل زاد إلى منزل يقدر فيه على مثله بمثل ثمنه وإن كان ينتقل إلى منازل تغلو فيها أثمان الزاد فيبدل ما فني منه لا يختلف القول فيه لأن العرف جارٍ به والقياس دال عليه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ هَرَبَ الجمالُ فَعَلَى الإِمَامِ أَنْ يَكْتَرِيَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اكترى جملاً من جمال ليركبه إلى مكة أو يركبه مدة معلومة أو اكتراه لحمولة فهرب الجمال فلا يخلو حال الجمل المكترى من أحد أمرين:

إما أن يخلفه مع الراكب أو يهرب به معه فإن خلفه مع الراكب فللراكب أن يستوفي حقه في ركوبه إلى مكة والجمل لا يستغني في مدة الركوب عن خادم وعلوفة. وذلك حق للراكب على الجمال فإن وجد الراكب حاكماً رفع أمره إليه حتى يحكم في مال الجمال إن وجد له مالاً بأجرة خادم وثمن علوفة وإن لم يجد له مالاً اقترض عليه من أجنبي أو من الراكب قدر ما يصرفه في أجرة خادم وثمن علوفة ليكون ذلك ديناً على الجمال يرجع به المقرض عليه متى وجده أو في ماله أين وجد والأولى أن يقدر الحاكم أجرة الخادم وثمن العلوفة ليسقط التنازع فإن أنفق الراكب زيادة على تقدير الحاكم فهي تطوع لا يرجع بها على الجمال وإن لم يقدر الحاكم أجرة الخادم وثمن العلوفة لاختلاف ذلك باختلاف المنازل جاز توسط الراكب فيها بالمعروف من غير سرف ولا تقصير.

فإن اختلف الراكب والجمال في قدر النفقة ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه قد أشار إليها الشافعي في كتاب الأم:

أحدها: أن القول فيه قول الراكب المنفق لأنه أمين.

والقول الثاني: أن القول قول الجمال لأنه غارم. **والوجه الثالث:** أنه يرجع فيه إلى عرف الناس وعادتهم في علف مثلها فإذا وافق ذلك قول أحدهما فهو المعول عليه سواء وافق قول الجمال أو الراكب أو خالفهما وهذا اختيار الشافعي رضي الله عنه وإن خالف قياس الأصول الموجبة لأحد المذهبين فقد يترك القياس إذا تفاحش إلى ما يكون عدلاً بين الناس. فأما إن أنفق الراكب بغير حكم الحاكم ولا استئذانه فإن فعل ذلك مع القدرةعلى الحاكم كان متطوعاً لا يرجع بما أنفق.

وإن فعل ذلك لتعذر الحاكم أو عدمه فإن لم يشهد بالرجوع لم يرجع وإن أشهد أنه ينفق ليرجع ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: لا يرجع لأنـه يصير حـاكماً لنفسـه ليستوفي حقـه بمال غيـره وكما لا يـرجع مستودع الدابة عل ربها بثمن علوفتها.

والوجه الثاني: يرجـع بما أنفق لأنـه حق على غائب فجـاز عند الضـرورة أن يتوصـل صاحبه إليه بحسب المكنة كما يجوز لصاحب الدين الممنـوع أن يتوصـل إلى أخذه من مـال من هـو عليه جهـراً وسـراً بحكم وغيـر حكم وخـالف ذلـك حـال مستـودع الـدابـة لتـطوعـه باستيداعها فصار متطوعاً بنفقتها فهذا حكم الجمال إذا هرب وخلف الجمل مع الراكب.

فصل: فأما إذا هرب الجمال بالجمل معه فلا يخلو حال الإجارة من أن تكون معينـة أو في الذمة، فإن كانت في الذمة فإن الحاكم يستأجر على الجمال جملاً يحمـل عليه الـراكب ويكون ذلك في مال الجمال إن كان موجوداً أو قرضـاً عليه إن كـان معدومـاً فلو دفع الحـاكم المال إلى الراكب ليكتري لنفسه لم يجز كما لا يجوز لبائع السلم أن يدفـع إلى مشتريـه مالاً يشتري لنفسه بمال غيره فـإن لم يجد الحـاكم للجمال مـالاً ولا مقرضـاً نظر في الإجـارة فإن كانت على مدة تنقضي بـطلت بالفـوات وكانت الأجـرة المسماة دينـاً على الجمال يتبعـه بها الراكب متى وجده أو وجد له مـالاً وإن كانت إلى بلد بعينـه لم تبطل بـالتأخيـر وكان الـراكب بالخيار بين الفسخ واتباع الجمـال بالأجـرة وبين المقام على الإجـارة وأخذ الجمـال بها متى وجد وإن كانت الإجارة معينة على بعير بعينه لم يجز للحاكم أن يستـأجر على الجمـال بعيراً غيره لأن ما تعين بالعقد لم يصح فيه البدل كمن استأجر بعيراً بعينـه فشرد لم يكن للمستـأجر بـدله وإذا كـان كذلـك نظر في الإجـارة فإن كـانت على مدة مسمـاة بطلت بـانقضائهـا وكان المسمى من الأجـرة ديناً على الجمـال إن قبضه وإن كـانت إلى بلد بعينه لم تبـطل بالتـأخير وكان المستأجر بالخيار لاستضراره بالتأخير بين المقام والفسخ وبالله التوفيق.

فصل: وإذا استأجر الرجل بعيراً ليركبه فـأراد أن يحمل عليـه متاعـاً بدلاً من ركـوبه لم يجز لأن الراكب يتحرك بحركة البعير في مسيره متقدماً ومتأخراً فصار بذلك أسهل على البعير من المتاع. ولو كان قد استأجره لحمل متاع فأراد أن يركـب بدلاً من المتاع لم يجـز أيضاً لأن المتـاع يتفرق في جنبي البعيـر فصار بـذلك أسهـل على البعير من الـراكب الذي يـركبَ في موضع واحد من ظهره. ولو استأجره ولم يسم ركوباً ولا حملاً كـانت الإجارة بـاطلة. وهكذا لو ذكر ركوباً ولم يعين راكبه أو ذكر حملاً ولم يذكر قدره أو ذكر قدره ولم يـذكر جنسـه بطلت الإجارة للجهل بها.

فصل: وإذا استأجر دابة ليركبها شهراً اعتبر في صحة إجارتها شرطان:

أحدهما: أن يذكر الناحية التي يركبها فيها لأن الأرض تختلف بالحزونة والسهولة فـإن أغفل ذكر الناحية بطلت الإجارة.

والشرط الثاني: أن يذكر المكان الذي يسلمها فيه لأنه قد يركبها مسافراً إلى بلد تكون مسافته شهراً فيكون تسليمه في ذلك البلد وقد يركبها ذاهباً وعـائداً مـدة شهر فيكـون تسليمه

في بلده. وإذا كان كذلك مختلفاً مع إطلاق الشهر لم يكن بد من ذكر موضع التسليم، فإن أغفله بطلت الإجارة فلو استأجرها ليركبها مسافة شهر إلى مكة لم يجز لأن ما تقدر العمل فيه لم يجز اشتراط المدة فيه وما شرط فيه المدة لم يجز تقدير العمل فيه لما ذكرنا قبل ذلك من التعليل؛ وكان بعض أصحابنا يجيزه لما فيه من زيادة التأكيد وكان أبو الفياض يقول إن كان العمل ممكناً في تلك المدة صح وإن كان غير ممكن لم يصح والتعليل الماضي يفسد هذين المذهبين.

فصل: وإذا استأجر الرجل دابة ليركبها إلى بلد بعينه فأراد أن يركبها إلى غيره فإن شرط عليه تسليمها في ذلك البلد لم يجز أن يركب إلى غيره.

وإن لم يشرط عليه تسليمها في ذلك البلد لاستئجاره إياها ذاهباً وعائداً جاز أن يركبها إلى غير ذلك البلد إذا كان على مثل مسافته وكان طريقه مساوياً لطريقه في السهولة والحزونة أو أسهل منه ولم يجز إن كان أبعد أو أحزن.

فصل: وإذا استأجر اليهودي عبداً مسلماً أو حراً مسلماً فإن كان على عمل مضمون في ذمته جاز. وقد كان عليّ كرّم الله وجهه يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة وإن كانت على خدمة تتعلق برقبته ففي الإجارة قولان؛ كما لو ابتاع اليهودي عبداً مسلماً:

أحدهما: أنها باطلة. **والثاني**: جائزة. فإن نقلها المستأجر من نفسه إلى مسلم وإلا فسخها الحاكم عليه.

فصل: وإذا استأجر المسلم أجيراً فوجده يهودياً أو نصرانياً فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تبطل فيه الإجارة وهو ما كان اختلاف الدين مانعاً منه وهو نوعان: **أحدهما**: ما يمنع منه حكماً كالحج فتبطل الإجارة فيه وإن حج لم يكن له أجرة لأنه هو المفوت لعمل نفسه بما كتمه من كفره. **والنوع الثاني**: ما منع منه حظراً مثل كَتْبِ المصاحف لأن الكافر ممنوع من مس المصحف فإن لم يعلم بحاله حتى كتبه فله أجرة مثله دون المسمى لأن العمل المعقود عليه قد كمل لمستأجره عن عقد حكم بفساده فهذا قسم.

والقسم الثاني: ما تصح فيه الإجارة ولا خيار للمستأجر فيه وهو أعمال الصناعات التي ليس فيها طاعة مقصودة كبناء دار أو عمارة أرض أو رعي ماشية؛ لأن هذه أعمال يستوي فيها المسلم والكافر.

والقسم الثالث: ما تصح فيه الإجارة ويثبت فيه الخيار وهو ما كان من الأعمال طاعة مقصودة كبناء المساجد ونحر الأضاحي فإن كانت الإجارة معينة فللمستأجر الخيار في المقام أو الفسخ لأن قيام المسلم به أعظم ثواباً وإن كانت في الذمة قيل للأجير إن استنبت فيها مسلماً فلا خيار للمستأجر وإن توليتها بنفسك فللمستأجر الخيار.

فصل: وإذا استأجر امرأة لرضاع طفل جاز إذا عرفت سنة مشاهدة أو خبراً وكان زمان رضاعه معلوماً فإن لم تشاهده ولا أخبرت بسنه لم يجز لاختلاف شربه باختلاف سنه ثم عليها

أن تسقيه قدر ريه وفي أوقات حاجته وإن كان ذلك مجهولاً فهي جهالة لا يمكن الاحتراز منها فعفى عنها فإن شرط عليها مع الرضاع حضانة الطفل وخدمته لزمها وإن أغفلا ذلك ففي لزومه لها وجهان من اختلاف أصحابنا في الحضانة هل مقصودها الرضاع والخدمة أم الخدمة والرضاع تبع. **فأحد الوجهين**: أن الخدمة تبع للرضاع في الحضانة فعلى هذا لا تجبر على خدمته.

والثاني: أن الرضاع تبع للخدمة فعلى هذا تجبر على خدمته وليس على المرضعة أن تأتي إلى الطفل فترضعه بل على ولي الطفل إذا أراد إرضاعه أن يحمله إليها ليرتضع ولولي الطفل أن يمنعها من أكل ما يضر بلبنها؛ فإن كان الطفل لا يستمرىء لبنها لعلة في اللبن فهذا عيب وللمستأجر الفسخ ولو كانت ذات زوج لم يمنع الزوج من وطئها فإن لم يعلم المستأجر أنها ذات زوج فله الفسخ وللزوج أن يمنع زوجته من إجارة نفسها مرضعاً فإن أجرت نفسها فله الخيار في فسخ الإجارة عليها وإذا سقت المرضعة الطفل من لبن غيرها فإن كانت الإجارة في الذمة فلها الأجرة وإن كانت معينة فلاأجرة لها. وقال أهل العراق لها الأجرة.

ولو ماتت المرضعة بطلت الإجارة ولو مات الطفل ففي بطلان الإجارة قولان: **أحدهما**: قد بطلت.

والثاني: لا تبطل ويأتي المستأجر ببدله على ما سنذكره في الخلع وإذا ضاع حلي الطفل لم تضمنه إن قيل إن العوض للرضاع و الخدمة تبع؛ فإن قيل إن العوض أجرة للخدمة والحفظ فهي كالأجير لا يضمن إن كان منفرداً ويضمن في أحد القولين إن كان مشتركاً والله أعلم بالصواب.

تَضْمِينُ الْأُجَرَاءِ مِنَ الإِجَارَةِ

مِنْ كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وابْنِ أَبِي لَيْلَى

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «الْأُجَرَاءُ كُلُّهُمْ سَوَاءٌ وَما تَلَفَ فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ غَيْرِ جِنَايَتِهِمْ فَفِيهِ وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ أَحَدِهِما الضَّمَانُ لأَنَّـهُ أَخَذَ الأَجْـرَ وَالْقَوْلُ الآخَـرُ لاَ ضَمَانَ إِلاَّ بِـالْعُدْوَانِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) هَذَا أَوْلاَهُمَا بِهِ لأَنَّهُ قَطَعَ بِأَنْ لاَ ضَمَانَ عَلَى الحَجَّامِ يَأْمُرُهُ الرَّجُلُ أَنْ يُحْجِمَهُ أَوْ يَخْتِنَ غُلاَمَهُ أَوْ يُبَيْطِرَ دَابَّتَهُ وَقَـدْ قَالَ الشَّـافِعِيُّ إِذَا أَلْقَوْا عَنْ هَؤُلاَءِ الضَّمَـانَ لَزِمَهُمْ إِلْقَـاؤُهُ عَنِ الصُّنَّاعِ وَقَالَ مَا عَلِمْتُ أَنِّي سَأَلْتُ وَاحِداً مِنْهُمْ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا مِنْهُمْ وَرُوِيَ عَنْ عَطَاءٍ أَنَّـهُ قَالَ لا ضَمَـانَ عَلَى صَانِـعٍ وَلاَ أَجِيرٍ (قَـالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَـهُ اللَّهُ وَلاَ أَعْرِفُ أَحَـداً مِنَ الْعُلَمَـاءِ ضَمِنَ الرَّاعِيَ الْمُنْفَرِدَ بِالْأُجْرَةِ عِنْدِي فِي الْقِيَاسِ مِثْلُهُ (قَـالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَـهُ اللَّهُ وَإِذَا اسْتَأْجَـرَ مَنْ يَخْبِزُ لَهُ خُبْزاً مَعْلُوماً فِي تَنُّورٍ أَوْ فُرْنٍ فَاحْتَرَقَ فَإِنْ كَانَ خُبْزُهُ فِي حَالٍ لاَ يُخْبَزُ فِي مِثْلِهَا لاَسْتِعَارِ التَّنُّورِ أَوْ شِدَّةِ حَمْوِهِ أَوْ تَرَكَهُ تَرْكاً لاَ يَجُوزُ فِي مِثْلِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ وَإِنْ كَـانَ مَا فَعَـلَ صَلاَحـاً لِمِثْلِهِ لَمْ يَضْمَنِ عِنْدَ مَنْ لاَ يُضْمِنُ الأَجِيرَ».

قال الماوردي: وجملة الأجراء والصناع ضربان: منفـرد ومشترك وحكمهمـا يختلف. وقول الشافعي إن الأجراء كلهم سواء يعني به الأجير المشتـرك مع اختـلاف صنائعهم. فـأما الأجير المنفرد فهو الذي يكون عمله في يد مستأجره كرجل دعا صانعـاً إلى منزلـه ليصوغ لـه حلياً أو يخيط له ثوباً أو يخبز له خبزاً أو يبيطر له فرساً أو يختن له عبداً فينفرد الأجير بعمله في منزل المستأجر فهذا أجيـر منفرد سـواء حضر المستـأجر عمله أو لم يحضـر وهكذا لـو حمل المستأجر ثوبه إلى دكان الأجير ليخيطه أو حمل إليه حليه ليصوغه وهو حاضر ويده على مـاله فهذا أجير منفرد وسواء كـان في دكانـه عمل لغيـره أو لم يكن فهذان النـوعان على سـواء في حكم الأجير المنفرد وأما الأجير المشترك فهو الـذي يكون عمله في يـد نفسه لمستـأجره مـع عمله لمستأجر آخر كالقصابين والخياطين في حوانيتهم فأما الأجير الـذي يكون عمله في يـد نفسه منفرداً لمستأجر واحد لا يشركه بغيره كصانع أو خياط يعمل في دكانه لـرجل واحـد ولا يعمل لغيره ومستأجره غـائب عن عمله فقد اختلف أصحـابنا هـل يكون حكمـه حكم الأجير المنفرد أو حكم الأجير المشترك فحكي عن أبي إسحاق المروزي وهو مذهب البصريين أنـه في حكم الأجير المنفرد لاختصاصه بمستأجر واحد

وقـال أبو علي بن أبي هـريرة وهـو مذهب البغـداديين إنـه في حكم الأجيـر المشتـرك لاختصاصه باليد والتصرف دون المستأجر.

فصل: وإذ قد وضح ما ذكرنا من حال الأجير المنفرد والمشترك فسنذكر حكم كل واحد منهما أما المنفرد إذا تلف المال من يده فلا يخلو تلفه من أحد أمرين إما أن يكون بجنايته وعدوانه أَوْ لاَ فإن تلف بجنايته وعدوانه فعليه ضمانه وإن كان في يد مالكه ألا ترى أن من جنى على دابة رجل هو راكبها أو على ثياب رجل فهو لابسها وجب عليه ضمانها كذلك هذا الأجير وإن تلف ذلك بغير جناية الأجير ولا عدوانه فلا ضمان عليه لأن ما تلف في يد أربابه لم يضمن بغير جناية ولا عدوان فإن اختلف رب المال والأجير في العدوان فالقول قول الأجير مع يمينه ما لم يعلم خلاف قوله لأنكاره وبراءة ذمته فلا ضمان عليه.

فأما أجرة الأجير فإن كان تلف ذلك قبل عمله فلا أجرة له ثم ينظر في الإجارة فإن كانت معقودة على عين ذلك المال بطلت بتلفه وإن كانت مطلقة لم تبطل واستعمله المستأجر في غيره وإن كان تلف ذلك بعد عمله فله الأجرة لأن عمله إذا كان في يد المستأجر فقد حصل قبضه فلزمه الأجرة وسواء كان التلف بعدوان الأجير أم لا إلا أنه تلف بعدوانه بعد العمل لزمه قيمته معمولاً ولو تلف قبل العمل لزمه قيمته غير معمول. فلو اختلف الأجير ورب المال في العمل فادعاه الأجير وأنكره المستأجر فالقول فيه قول المستأجر مع يمينه ما لم يعلم خلاف قوله لأن الأصل أن لا عمل فهذا حكم الأجير المنفرد.

فصل: وأما الأجير المشترك فإن تلف المال في يده بجنايته وعدوانه فعليه ضمانه لأن الأمانات تضمن بالجنايات وأن تلف بغير جنايته ولا عدوانه ففي وجوب ضمانه قولان: .

أحدهما: أنه ضامن وقبضه قبض ضمان وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وروي نحوه عن علي وعمر ووجهه ما روى خلاس بن عمرو وقال كان علي كرم الله وجهه يضمن الأجير ويقول هذا يصلح الناس[1] ولأنه تصرف في ملك غيره لمنفعة نفسه فوجب أن يكون من ضمانه كالمستعير ولأن الأجره ترجع إليه فوجب أن يكون الضمان عليه كالمؤجر المستحق لأجرتها كذلك الأجير يجب أن يكون عليه ضمان المال لأن الأجرة صائرة إليه فعلى هذا يكون كالعارية وفي كيفية ضمانها وجهان: .

أحدهما: يضمن قيمته وقت التلف.

والثاني: أكثر ما كان قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف.

والقول الثاني: أنه لا ضمان عليه وقبضه قبض أمانة.

وبه قال عطاء وطاوس وهذا أصح القولين واختاره المزني:

وقال أبو حنيفة: إن تلف بغير فعل الأجير لم يضمنه وإن تلف بفعله ضمنه سواء كان فعله عدواناً أم لا فأما الأجرة فلا يستحقها الأجير وإن عمل سواء ضمن أو لم يضمن لأن عمله تلف في يد نفسه لا في يد مستأجره بخلاف المنفرد والدليل على سقوط الضمان عنه

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢٢/٦.

هو أن الأصول موضوعة على أن من أخذ مال غيره لمنفعة نفسه ضمنه كالمقترض والمستعير أخذه لمنفعة مالكه لم يضمنه كالمودع ومن أخذه لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمضارب والمرتهن فلا يضمن إلا بالتعدي كذلك الأجير أخذ المال لمنفعة نفسه ومنفعة مالكه فوجب أن لا يضمنه. ولأن عقد الإجارة لما جعل يد المستأجر يد أمانة وجب أن يجعل يد الأجير يد أمانة ولأنه لما كان أحد الأجيرين وهو المنفرد مؤتمناً وجب أن يكون الأجير المشترك مؤتمناً.

فصل: فأما المزني فإنه اختار سقوط الضمان وهو أصح القولين غير أنه تعلق بما لا حجة فيه وسنوضح من حكم ما احتج به ما يدل على فساد حجته فأول ما ذكره الحجام يحجم أو يختن فإن ظهرت منه جناية عن عمد أو خطأ فهو ضامن لما حدث بجنايته وإن لم تظهر منه جناية فإن حجم أو ختن حراً فلا ضمان عليه. سواء كان الحجام منفرداً أو مشتركاً لأن الحر في يد نفسه وليست عليه يد فصار المنفرد والمشترك معه على سواء وإن حجم عبداً فإن كان مع سيده أو في منزل سيده فلا ضمان على الحجام لأن يد سيده لم تزل عنه فلم يضمن إلا بالجناية وإن لم يكن مع سيده ولا منزله ففي وجوب الضمان قولان لأن الحجام أجير مشترك.

فصل: وأما الراعي فإن نسب إلى التعدي بالرعي في مكان مسبع أو جدب أو مخوف فعليه الضمان وإن لم ينسب إلى التعدي نظر فإن رعي في ملك المالك فهو منفرد ولا ضمان عليه وإن رعي في غير ماله لكن كان المالك معه فكذلك لا ضمان عليه وإن لم يكن معه المالك ولا رعي في ملك المالك نظر فإن كان مع غنم جماعة فهو مشترك وفي ضمانه قولان وإن لم يكن معه سوى غنمه فعلى اختلاف أصحابنا هل يكون في حكم المشترك أو المنفرد فمن جعله كالمنفرد أسقط الضمان عنه ومن جعله كالمشترك خرجه على قولين.

فصل: وأما البيطار فإن ظهر منه عدوان عمداً أو خطأ ضمن به وإن لم يظهر منه عدوان فإن كانت الدابة مع صاحبها أو في منزله لم يضمن وإن كانت مع البيطار في جملة غيرها فعلى قولين وإن كانت معه مفردة وحدها فعلى اختلاف أصحابنا.

فصل. وأما الأجير لحفظ الدكان فيؤخذ ما فيه فلا ضمان عليه لأنه لا يد له على المال ولأن يد المالك عنه لم تزل. فأما الحمامي إن تلفت ثياب الناس عنده فقد اختلف أصحابنا فيما يأخذه من العوض هل هو ثمن الماء أو أجرة الحفظ والدخول على وجهين: .

أحدهما: أنه ثمن الماء ويكون متطوعاً بحفظ الثياب ومعيراً للسطل فعلى هذا لا يضمن الثياب إن تلفت وله غرم السطل إن هلك.

والوجه الثاني: أن ما يأخذه أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب فعلى هذا لا غرم في السطل إن هلك ويكون في ضمان الثياب كالأجير المشترك وهكذا حكم الثياب فيما يأخذه.

فصل: وأما الخباز إذا استؤجر لخبز في تنور أو فرن فاحترق فإن نسب إلى العدوان في عمله من أحد ثلاثة أوجه يظهر عدوانه فيها.

أحدها: أن يخبز في شدة حمى التنور والتهابه.

والثاني: أن يخبز في حال سكونه وبرده.

والثالث: أن يطول مكث الخبز في التنور عن حده فيلزمه الضمان وإن لم يظهر منه عدوان بأحد هذه الوجوه فإن كان الخبز مع المالك أو في منزله فلا ضمان على الخباز وإن كان في يد الخباز مع غيره ففي ضمانه قولان وإن كان مع الخباز منفرداً فعلى اختلاف أصحابنا فلم يكن فيما استشهد به المزني من ذلك دليل لما اختاره من سقوط الضمان.

فأما إن استأجر الرجل حمالاً أو ملاحاً لحمل متاع فهلك فإن ظهر منه تعدٍ بالمسير في مسلك مخوف أو زمان مخوف أوتقصير في آلة أو أعوان ضمن وإن لم يظهر منه تعدٍ ولا تقصير فإن كان المالك معه لم يضمن وإن لم يكن معه فإن حمل ذلك مع غيره فضمانه على قولين وإن حمله منفرداً فعلى اختلاف أصحابنا وهكذا لو استأجر الملاح ملاحاً لمد السفينة فهلكت في يده فإن نسب إلى تعدٍ أو تفريط ضمن وإن لم ينسب إلى ذلك فإن كان الملاح حاضراً لم يضمن وإن كان غائباً فعلى اختلاف أصحابنا هل يكون منفرداً أو مشتركاً وعلى قياس هذا يكون جميع نظائره.

فصل: فأما الوكيل فإن كان متطوعاً فلا أجرة ولا ضمان عليه إلا بالعدوان وإن كان بأجرة فعلى ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يكون موكلاً في اقتضاء ديون فلا ضمان عليه فيما قبضه منها لأن العمل الذي استؤجر عليه هو الاقضاء وحده والقبض مأذون فيه ألا ترى أنه يستحق أجرته إذا اقتضى وإن لم يقبض.

والقسم الثاني: أن يوكل في بيع متاع فيكون أجيراً في البيع ومأذوناً له في قبض الثمن فإن تلف الثمن لم يضمنه وإن تلف المتاع فإن كان منفرداً لم يضمنه وإن كان مشتركاً فعلى قولين.

والقسم الثالث: أن يوكل في شراء متاع فيكون أجيراً في الشراء مأذوناً له في قبض المتاع فإن تلف المتاع لم يضمنه وإن تلف الثمن فعلى قولين: .

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ اكْتَرَى دَابَّةً فَضَرَبَهَا أَوْ كَبَحَهَا بِاللِّجَامِ فَمَاتَتْ فَإِنْ كَانَ مَا فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ مَا يَفْعَلُ العَامَّةُ فَلَا شَيْءَ عَلَيهِ وَإِنْ فَعَلَ مَا لَا يَفْعَلُ العَامَّةُ ضَمِنَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يجوز لمستأجر الدابة أن يضربها عند تقصير المسير ضرب استصلاح لا يخرج به عن عادة الناس وكذلك كبحها باللجام وركضها بالرجل فإن فعل فتلفت لم يضمن إلا أن يتجاوز عرف الناس فيضمن وقال أبو حنيفة: ليس لمستأجر الدابة أن يضربها ما لم يأذن له المالك في ضربها فإن ضربها ضمن والدليل على إباحة

ضربها ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: اضْرِبُوهَا عَلَى العِثَارِ وَلَا تَضْرِبُوهَا عَلَى النِّفَارِ يعني أنها في العثار ساهية فالضرب يوقظها وفي النفار تزداد بالضرب نفوراً فكان ذلك على عمومه.

وروى جابر بن عبد الله قال: سَافَرْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَطَلَعَ بَعِيرِي فَاشْتَرَاهُ مِنِّي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِأَرْبعَةِ دَنَانِير وَحَمَلَنِي عَلَيهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَكَانَ يَسُوقُهُ وَأَنَا رَاكِبُهُ وَإِنَّهُ لَيَضْرِبُهُ بِالعَصَا. ولأن له أن يفعل ما يتوصل به إلى استيفاء حقه إذا كان معهوداً فإذا لم يتوصل إلى استيفاء المسير إلا بالضرب فذلك مباح. فعلى هذا لا ضمان عليه قولاً واحداً إذا لم يتعد. لأنه ليس بأجير وإنما هو مستأجر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَأَمَّا الرُّوَّاضُ فَإِنْ شَأْنَهُمْ اسْتِصْلَاحُ الدَّوَابِّ وَحَمْلُهَا عَلَى السَّيرِ وَالحمل عَلَيهَا بِالضَّرْبِ عَلَى أَكْثَرِ مِمَّا يَفْعَلُ الرَّاكِبُ غِيرَهُمْ فَإِنْ فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ مَا يَرَاه الرُّوَّاضُ صَلَاحاً بِلَا إِعْنَاتٍ بَيِّنٍ لَمْ يَضْمَنْ فَإِنْ فَعَلَ خِلَافَ ذَلِكَ فَهُوَ مُتَعَدٍ وَضَمِنَ».

قال الماوردي: اعلم أن ما يستبيحه الرائض من ضرب الدابة فهو أكثر مما يستبيحه الراكب لأن الرائض يحتاج إلى زيادة ضرب في تذليل الدابة واستصلاحها لا يحتاج الراكب إليه لأن الدابة عند التذليل أنفر منها عند المسير.

فلو تجاوز الراكب ضرب الركاب إلى ضرب الرائض ضمن لتعديه وإن لم يكن الرائض فيه متعدياً وإذا كان كذلك فإن تجاوز الرائض عادة الرواض صار متعدياً ولزمه الضمان وإن لم يتجاوز عادة الرواض صار غير متعدٍ ولم يلزمه الضمان. فإن راضها في يد صاحبها لم يضمن وإن راضها في غير يده ولا معه ضمن فإن راضها مع غيره ففي ضمانه قولان وإن كان منفرداً بها فعلى اختلاف أصحابنا فصار الراكب بخلاف الرائض من وجهين: .

أحدهما: قدر الضرب الذي يستبيحه كل واحد منهما.

والثاني: الضمان لأن الراكب مستأجر لا يلزمه الضمان إلا بالعدوان والرائض أجير وفي ضمانه إذا كان مشتركاً قولان (والله أعلم).

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالراعِي إِذَا فَعَلَ مَا لِلرُّعَاة فعلَهُ مِمَّا فِيهِ صَلَاحٌ لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ فَعَلَ غَيرَ ذَلِكَ ضَمِنَ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا يفضِي لأَحَدِ قَوْلَيهِ بِطَرْحِ الضَّمَانِ كَمَا وَصَفْتُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا حكم الراعي في انفراده واشتراكه وأنه كغيره من الأجراء في وجوب الضمان عليه بالتعدي وسقوطه عنه بالانفراد واختلاف قوليه في الاشتراك وليس تفريع الشافعي على أحد القولين إبطالاً للقول الآخر فيصح احتجاج المزني وإنما يدل على أنه

أرجح القولين في نفسه وهذا صحيح من مذهبه بل قد قال الشافعي لولا خوفي من خيانة الأجراء لقطعت القول بسقوط الضمان عنهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَكْرَى حَمْلَ مكيلَةٍ وَمَا زَادَ فَبِحِسَابِهِ فَهُوَ المَكِيلَةُ جَائِزٌ وَفِي الزَّائِدِ فَاسِدٌ وَلَهُ أَجْرَةُ مثله».

قال الماوردي: إن لتصوير هذه المسألة وحمل الجواب عليها مقدمة وهي في البيع والإجارة سواء.

فإذا استأجر لحمل صبرة إلى بلد مسمى بمائة درهم والصبرة مشاهدة وهما لا يعلمان مبلغ كيلها جاز كما لو قال بعتكها بمائة ولا يضر الجهل بتقسيط الأجرة على أجزاء الصبرة كما لا يؤثر في البيع لأن جملة الأجرة معلومة ولو قال قد استأجرتك لحملها كل قفيز بدرهم جاز وإن جهلا في الحال مبلغ جميع الأجرة لأن أجرة الأجزاء معلومة تفضي إلى العلم بجميع الأجرة كما لو قال بعتكها كل قفيز بدرهم ولو قال استأجرتك لحمل هذه الصبرة قفيزاً منها بدرهم وما زاد فبحسابه جاز أيضاً (لأنه قد عقد على الجملة) وذكر أجرة قفيز منها تسعير لجميعها وتكون في حكم المسألة الثانية وإن اختلف اللفظ فيهما وهكذا لو قال مثل ذلك في البيع صح وسواء أخرج الزيادة مخرج الشرط فقال على أن ما زادفبحسابه أو لم يقل فهذه ثلاث مسائل لا يختلف الجواب فيها.

فأما مسألة الكتاب فقد قال الشافعي ولو اكترى حمل مكيلة وما زاد فبحسابه فهو في المكيلة جائز وفي الزيادة فاسد فاختلف أصحابنا في صورتها. فقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة صورتها أن يستأجره لحمل عشرة أقفزة حاضرة بعشرة دراهم ويحمل ما حضر بعد ذلك من طعام له غائب بحساب ذلك فتصح الاجارة في العشرة الأقفزة الحاضرة وتبطل في الزيادة الغائبة لأنها قد تحضر أو لا تحضر وقد تقل وتكثر وهكذا في البيع أيضاً ولو أخرج ذلك مخرج الشرط فقال على أن تحمل ما زاد بحاسبه بطلت الإجازة في الحاضر والغائب.

وقال آخرون من أصحابنا بل صورتها في صبرة حاضرة يعلم أن فيها عشرة أقفزة ويشك في الزيادة عليها فيستأجره لحمل العشرة الأقفزة المعلومة بعشرة دراهم والزيادة المشكوك فيها بحساب ذلك فتصح الإجارة في العشر للعلم بها وتبطل في الزيادة للشك فيها لأن المعقود عليه شيء وقع الشك في وجوده فبطل العقد فيه كما لو كان له في منزله طعام يشك في بقائه أو أكل عياله له فاستأجر لحمله كان فاسداً فعلى هذا لو جعل الإجارة في الزيادة المشكوك فيها شرطاً في العشرة المعلومة فقال على أن ما زاد فبحسابه بطلت الإجارة في الجميع وقال آخرون من أصحابنا بل صورتها في صبرة

حاضرة يعلم أنها تزيد على عشرة أقفزة. فيستأجر لعشرة أقفزة منها بعشرة دراهم وما زاد فبحسابه فتبطل الإجارة في الزيادة وإن صحت في العشر لأنها لم تدخل في العقد لأن الإجارة لم تعقد على جميع الصبرة وإنما عقدت على عشرة أقفزة منها وأضيف إلى العقد زيادة لم تدخل فيه فلذلك لم يصح العقد فيها.

ولو جعل الزيادة شرطا في العقد فقال على أن ما زاد فبحسابه بطلت الإجارة في الجميع وله إن حمل شيئاً أجرة مثله وهذه الطريقة في تصوير المسألة أشبه الطرق بلفظ الشافعي والله أعلم[1].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: «وَلَوْ حَمَلَ لَهُ مَكِيلَةً فَوُجِدَتْ زَائِدَةً فَلَهُ أَجْرُ مَا حَمَلَ مِن الزِّيَادَةِ وَإِنْ كَانَ الجَمَّالُ هُوَ الكَيَّالَ فَلاَ كِرَاءَ لَهُ فِي الزِّيَادَةِ وَلِصَاحِبِهِ الخِيَارُ فِي أَخْذِ الزِّيَادَةِ فِي مَوْضِعِهِ أَوْ يَضْمَنُ قَمْحَهُ بِبَلَدِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اكترى من جمال حمل عشرة أقفزة من صبرة طعام من البصرة إلى الكوفة بدينار فحملها ووجد قدرها بخلاف ما شرط ففي المسألة فصلان:

أحدهما: ذكره الشافعي وهو أن يوجد ذلك زائداً.

والثاني: لم يذكره الشافعي وهو أن يوجد ذلك ناقصاً.

فأما الفصل الأول وهو أن يوجد الطعام زائداً على العشرة فإن كانت الزيادة يسيرة قد تكون بين المكاييل فلا اعتبار بها ويأخذها رب الطعام ولا أجرة للجمال فيها وإن كانت الزيادة كثيرة لا تكون بين المكاييل مثل أن تكال العشرة فوجدت خمسة عشر قفيزاً فينظر في مكيال مثلها بالبصرة فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون رب الطعام.

والثاني: أن يكون الجمال.

والثالث: أن يكون أجنبياً فإن كان الكيال رب الطعام أخذ طعامه ولزمه الأجرة المسماة في العشرة وأجرة المثل في الزيادة فإن تلف البعير لم يخل أن يكون مع الجمال أو مع رب الطعام أو مع أجنبي فإن كان مع رب الطعام ضمن جميع قيمته لأنه قد جمع بين ضمان الجناية والعدوان وإن كان مع الجمال فقد تفرد بضمان الجناية وحدها فلم يلزم جميع القيمة لحدوث التلف من مباح ومحظور وفي قدر ما يلزمه قولان من اختلاف قوليه في الجلاد.

أحدهما: يلزمه نصف القيمة.

والثاني: يلزمه ثلث القيمة لأن الزيادة ثلث الجملة وإن كان مع أجنبي نظر فيه فإن

---

(١) في أ قوله (هنا كمل السفر التاسع والحمد لله كثيراً وصلواته الدائمة على سيدنا محمد وآله وأصحابه يتلوه في الذي بعده إن شاء الله مسألة: قال الشافعي ولو حمل مكيله فوجدت زائدة فله أجر ما حمله من الزيادة.

ناب عن الجمال فهو كان لو كما بيد الجمال وإن ناب عن رب الطعام فهو كما لو كان بيد رب الطعام.

فصل. وإن كان الكيال هو الجمال فلا أجرة له في الزيادة ويأخذ المسمى في العشرة ولا رجوع له بقدر البعير إن تلف سواء كان بيده أو بيد رب الطعام لأنه الجاني على ماله ثم ينظر في الخمسة الزائدة فلربها والجمال فيها أربعة أحوال:

حال يتفقان على أن يأخذ ربها بالكوفة فيجوز وحال يتفقان على تضمين الجمال لها ليرد مثلها بالبصرة فيجوز وحال يتفقان على ردها بعينها إلى البصرة فيجوز وحال يختلفان فيدعو ربها إلى ردها بعينها إلى البصرة ويدعو الجمال إلى تضمينها له ليرد مثلها بالبصرة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن القول قول رب الطعام وله أن يأخذ الجمال بردها إلى البصرة بعينها كالغاصب.

والوجه الثاني: أن القول قول الجمال ويأخذ الزيادة مضمونة ليرد مثلها بالبصرة إلا أن يشاء رب الطعام أن يأخذها بالكوفة لأن الزيادة لما اتصلت فارقت حكم الغصب وصارت كالغرس. فإن كان المحمول مما لا مثل له من دقيق أو سويق لزم الجمال رد الزيادة بعينها إلى البصرة في الوجهين معاً فلو هلك الطعام قبل وصوله إلى ربه ضمن الجمال الخمسة الزائدة لأنه صار متعدياً بها دون العشرة التي لا عدوان فيها. فإن قيل فهلا صار ضامناً لجميع ذلك لاختلاط ما تعدى فيه بغيره كمن تعدى في درهم من دراهم عنده ودفعه ثم رد الدرهم منها واختلط بها صار ضامناً لجميعها قيل الفرق بينهما أن الدراهم لما تعين بالتعدي جاز إذا اختلط بغيره أن يصير ضامناً لغيره لا لجميعه والزيادة التي تعدى فيها من الطعام مشاعة فيما لم يتعد فيه فلم يضمن إلا السهم الشائع بالتعدي. فلو اختلفا في الزيادة فادعاها كل واحد من رب الطعام والجمال فالقول فيها قول من يده عليها فإن كانت في يد رب الطعام فالقول قوله مع يمينه وإن كانت في يد الجمال فالقول قوله مع يمينه ويصير ضامناً لجميع الطعام إن هلك قبل وصوله إلى ربه. لأنه بادعاء الزيادة قد صار مقراً بالتعدي في خلطهما فعلى هذا لو اختلف مستأجر الدار ومالكها في قماشها فالقول قول المستأجر.

ولو اختلفا في الأبواب فالقول قول المؤجر لأن يد المستأجر على القماش ويد المالك على الأبواب.

فصل: وإن كان الكيال أجنبياً فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بعد كيل الطعام قد حمله على البعير وسار معه فيضمن الجمال ما كان يضمنه رب الطعام لو كان هو الكيال وأجرة مثل الزيادة وقيمة البعير إن هلك. ويضمن لرب الطعام ما كان يضمنه الجمال لو كان هو الكيال من عوض الزيادة حتى يصل إليه وتخييره بين قبضها منه أو تضمينه إياها أخذ مثلها منه فإن أراد رد عينها كان على الوجهين.

والقسم الثاني: أن يكون بعد كيل الطعام قد حمله على البعير ولم يسر معه فيضمن لرب الطعام ما كان يضمنه لو سار معه ويضمن للجمال أجرة الزيادة وفي قدر ما يضمنه من قيمة البعير إن تلف قولان على ما مضى.

والقسم الثالث: أن يكيل الطعام ولا يحمله ولا يسير معه فلا يضمن للجمال شيئاً لا من أجرة الزيادة ولا من قيمة البعير لأنه لم يفعل في الجمل ما يتعلق به ضمان.

وأما ضمان الطعام لربه فإن كان عند كيله لم يخرجه من حرزه فلا ضمان عليه لرب الطعام أيضاً لأن يد مالكه لم تزل عنه بفعله وإن أخرجه من حرزه ضمنه بالغرم إن تلف ولم يضمنه بالرد إلى البلد الذي حمل منه لأن غيره حمله فهذا حكم الزيادة.

فصل: وأما النقصان فإن كان يسيراً قد يكون مثله بين المكاييل فلا اعتبار به ويأخذه ربه ناقصاً ولا رجوع له بغرم النقص ولا بأجرته.

وإن كان النقصان كثيراً مثل أن يوجد العشرة الأقفزة سبعة فلا يخلو حال ربه والجمال من أربعة أقسام:

أحدها: أن يتفقا على أنه نقصان لم يحمل.

والثاني: أن يتفقاعلى أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل.

والثالث: أن يدعي ربه أنه نقصان لم يحمل ويدعي الجمال أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل.

والرابع: أن يدعي ربه أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل ويدعي الجمال أنه نقصان لم يحمل.

فأما القسم الأول وهو أن يتفقا على أنه نقصان لم يحمل له فينظر في الكيال فإن كان هو الجمال أو أجنبي فأجرة النقصان مضمونة على الجمال وربه بالخيار بين أن يأخذها منه فتنفسخ الإجارة في النقصان وبين أن يأخذه بحملها فتكون الإجارة باقية فيه وإن كان الكيال هو رب الطعام نظر فإن قصد بذلك مسامحة الجمال فلا رجوع له على الجمال بحمل النقصان ولا بأجرته. وإن قال سهوت فله الرجوع بما شاء من حمل النقصان أو أجرته. فإن اختلفا فادعى الجمال أن رب الطعام قصد بالنقصان المسامحة وادعى رب الطعام أنه فعل ذلك سهواً فالقول فيه قول رب الطعام مع يمينه لأن قصده لا يعرف إلا من جهته.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن يتفقا على أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل فلا يخلو أن يهلك ذلك بتعدي الجمال أو غير تعديه فإن هلك بتعدي الجمال فهو ضامن له. وله الأجرة إن كان منفرداً ولا أجرة له فيما هلك إن كان مشتركاً وإن هلك بغير تعديه نظر في الطعام فإن كان مع ربه أو معه ومع الجمال فلا ضمان على الجمال وله الأجرة. وإن كان مع الجمال وحده فهو الأجير المشترك ولا أجرة له في النقصان وهل له عليه ضمانة أم لا على قولين وليس لرب الطعام أن يكلفه حمل النقصان لأنه قد حمله.

فصل: وأما القسم الثالث وهو أن يدعي ربه أنه نقصان لم يحمل ويدعي الجمال أنه

نقصان قد هلك بعد أن حمل فالقول فيه قول ربه مع يمينه أنه لم يحمل لأنه منكر لما يدعيه الجمال من الحمل ثم هو بالخيار بين أن يرجع بأجرة النقصان أو بحمله.

فصل: وأما القسم الرابع وهو أن يدعي ربه أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل ليرجع على الجمال بغرمه ويدعي الجمال أنه نقصان لم يحمل فالقول فيه قول الجمال مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه رب الطعام من الغرم ولا رجوع لرب الطعام عليه بأجرة ولا حمل لأنه بادعاء التلف مقراً باستيفاء حقه من الحمل والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمُعَلِّمُ الْكِتَابِ وَالآدَمِيِّينَ مُخَالِفٌ لِرَاعِي الْبَهَائِمِ وَصُنَّاعِ الأَعْمَالِ لأَنَّ الآدَمِيِّينَ يُؤَدَّبُونَ بِالْكَلاَمِ فَيَتَعَلَّمُونَ وَلَيْسَ هَكَذَا مُؤَدِّبُ الْبَهَائِمِ فَإِذَا ضَرَبَ أَحَداً مِنَ الآدَمِيِّينَ لاسْتِصْلاَحِ الْمَضْرُوبِ أَوْ غَيْرِ اسْتِصْلاَحِهِ فَتَلَفَ كَانَتْ فِيهِ دِيَّةٌ عَلَى عَاقِلَتِهِ وَالْكَفَّارَةُ فِي مَالِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال يجوز لمعلم الصبيان أن يؤدبهم بالضرب استصلاحاً لهم وهكذا الأب في ولده والزوج عند نشوز امرأته فإن تعدى أحد هؤلاء في الضرب إلى أن خرج فيه إلى حد التلف فهو قاتل عمداً يجب عليه القود إلا الوالد في ولده فتلزمه الدية دون القود ولم يتجاوز واحد الاستصلاح فحدث منه التلف فلا قود لأنه خطأ شبه العمد والضارب ضامن لدية المضروب على عاقلته والكفارة في ماله.

وقال أبو حنيفة: إذا ضرب المعلم الصبي بأمر أبيه لم يضمن ولو ضربه الأب بنفسه ضمن وقال أبو يوسف ومحمد الأب لا يضمن والمعلم يضمن وهذا أرنى من قول أبي حنيفة وإن كان كلا القولين فاسداً لاتفاقهم على أن الزوج يضمن ما حدث من استصلاح زوجته بالضرب المباح وكذلك الأب والمعلم فإن قيل فلم ضمن من هو مباح الضرب وما حدث عن المباح صار كالرائض لا يضمن الدابة إذا ضربها قيل المباح من ضرب الآدميين في استصلاحهم ما لم يفض إلى التلف فإذا أفضى إلى التلف صار غير مباح والفرق بينه وبين رائض البهائم ما ذكره الشافعي أن الآدميين قد يؤدبون بالكلام فكان له الى استصلاحهم سبيل بغير الضرب فلذلك لزم الضمان إن حدث من ضربهم تلف والبهائم لا سبيل إلى استصلاحها إلا بالضرب فلم يجد الرائض إلى تركه سبيلاً فلم يضمن.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالتَّعْزِيرُ لَيْسَ بِحَدٍّ يَجِبُ بِكُلِّ حَالٍ وَقَدْ يَجُوزُ تَرْكُهُ وَلاَ يَأْثَمُ مَنْ تَرَكَهُ قَدْ فَعَلَ غَيْرَ شَيْءٍ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ غَيْرَ حَدٍّ فَلَمْ يَضْرِبْ فِيهِ مِنْ ذَلِكَ الْغُلُولُ وَغَيْرُهُ وَلَمْ يُؤْتَ بِحَدٍّ قَطُّ فَعَفَاهُ وَبَعَثَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى امْرَأَةٍ فِي شَيْءٍ بَلَغَهُ عَنْهَا فَأَسْقَطَتْ فَقِيلَ لَهُ إِنَّكَ مُؤَدِّبٌ فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِنْ كَانَ اجْتَهَدَ فَقَدْ أَخْطَأَ وَإِنْ كَانَ لَمْ يَجْتَهِدْ فَقَدْ غَشَّ عَلَيْكَ الدِّيَةَ فَقَالَ عُمَرُ عَزَمْتُ عَلَيْكَ أَنْ لاَ تَجْلِسَ حَتَّى تَضْرِبَهَا عَلَى قَوْمِكَ فَبِهَذَا قُلْنَا خَطَأُ الإِمَامِ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ بَيْتِ الْمَالِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال تعزير الإمام لمستحق التعزير مباح وليس بواجب فإن حدث عنه تلف كان مضموناً. وقال أبوحنيفة التعزير واجب لا يضمن ما حدث عنه لقوله ﷺ جَنْبُ الْمُؤْمِنِ حِمًى[1] فلم يجز استباحة ما حظر منه بما ليس بواجب. قال ولأنه انتهاك عرض محظور فاقتضى أن يكون واجباً كالحدود ودليلنا عفو النبي ﷺ عن كثير من مستحقيه ولم يعف عن واجب من الحدود وقال حين سئل العفو عن حد لَا عَفَا اللَّهُ عَنِّي إِنْ عَفَوْتُ فمما عفا عنه من التعزير أنه أتى وقد حظر الغلول برجل قد غل من الغنيمة فلم يعزره وقال له رجل و هو يقسم الصدقات اعدل يا رسول الله فَتَمَعَّرَ وَجْهُهُ وقال ثكلتك أمك إذا لم أعدل فمن يعدل ولم يعزره وفيه أنزل الله سبحانه: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ يَلْمِزُكَ فِي الصَّدَقَاتِ﴾ [التوبة: ٥٨]. وتنازع الزبير بن العوام ورجل من الأنصار شِربا فقال النبي ﷺ اسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلْ إِلَى جَارِكَ.

فقال الأنصاري إنه ابن عمتك فنسبه إلى الميل والتحيف فلم يعزره وفيه أنزل الله سبحانه: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[2] [النساء: ٦٥]، ففارق بعفوه عن التعزير ما حظره من العفو عن الحدود فدل على افتراقهما في الوجوب ولأنه ضرب غير محدود الطرفين فلم يكن واجباً كضرب المعلم والزوج وأما الجواب عن قوله ﷺ جُنْبُ الْمُؤْمِنِ حمًى فهو أن الاستدلال به على إسقاط الوجوب أصح لأنه أبلغ في حمى جنبه من وجوبه. وأما القياس فباطل بضرب الزوج ثم المعنى في الحد أنه لما لم يصح العفو عنه وجب.

فصل: فإذا ثبت أن التعزير ليس بواجب فحدث عنه التلف فالإمام ضامن له وقال مالك وأبو حنيفة لا ضمان استدلالاً بأن زواجر الإمام غير مضمونة عليه كالحدود. ودليلنا ما روي أن عمر رضي الله عنه بَعَثَ إِلَى امْرَأَةٍ فِي شَيْءٍ بَلَغَهُ عَنْهَا رَسُولاً فَأَسْقَطَتْ. فَقَالَ لِعُثْمَانَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ مَا تَقُولَانِ؟ فَقَالَا: لا شَيْءَ عَلَيْكَ وَإِنَّمَا أَنْتَ مُؤَدِّبٌ فَأَقْبَلَ عَلَى عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامَ فَقَالَ: مَا تَقُولُ؟ فَقَالَ إِنْ كَانَا مَا اجْتَهَدَا فَقَدْ غَشَّا وَإِنْ كَانَا قَدِ اجْتَهَدَا فَقَدْ أَخْطَآ عَلَيْكَ الدِّيَةُ فَقَالَ عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَا تَبْرَحْ حَتَّى تَضْرِبَهَا عَلَى قَوْمِكَ يَعْنِي عَلَى قُرَيْشٍ لأَنَّهُمْ عَاقِلَتُهُ.

وروي عن علي عليه السلام أنه قال: مَا أَحَدٌ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَيَمُوتَ فَأَجِدُ فِي نَفْسِي مِنْهُ شَيْئًا الْحَقَ قَتْلَهُ إِلَّا شَارِبُ الْخَمْرِ فَإِنَّهُ رَأْيٌ رَأَيْنَاهُ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَمَنْ مَاتَ مِنْهُ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الإِمَامِ أَوْ قَالَ فِي بَيْتِ الْمَالِ[3] يعني فيما زاد على الأربعين الذي رآه للمصلحة اختياراً وتلك الزيادة تعزير.

ولأنه ضرب غير محدود الطرفين على فعل متقدم فوجب أن يتعلق به الضمان عند

---

(١) أخرجه أبو الشيخ في كتاب السرقة، وفيه محمد بن عبدالعزيز ضعيف وأخرجه الطبراني وفيه الفضل بن المختار وهو ضعيف انظر الفتح ٨٧/١٢ في كتاب الحدود.

(٢) أخرجه البخاري ٣٤/٥ (٢٣٥٩) كتاب المساقاة ومسلم ١٨٢٩/٤ كتاب الفضائل (١٢٩ ـ ٢٣٥٧).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢٤/٦.

التلف كضرب الزوج والمعلم ولا يدخل عليه من دفع إنساناً عن نفسه أو ماله لأنه ليس على فعل متقدم فأما الحدود الواجبة فلا يتعلق بها ضمان لما عليه من استيفائها وإن الضمان يمنع الإقدام عليها. فإذا ثبت وجوب الضمان من التعزير فأن تكون الدية على قولين:

أحدهما: على عاقلة الإمام لحديث عمر وقوله لعلي عزمت عليك لا تبرح حتى تضربهاعلى قومك فعلى هذا تكون الكفارة في ماله.

والقول الثاني: أن الدية في بيت المال لأنه نائب فيه عن كافة المسلمين فاقتضى أن يكون ما حدث عنه من الضمان في بيت مالهم فعلى هذا في الكفارة وجهان:

أحدهما: في بيت المال أيضاً. والثاني: في ماله ويكون تأويل فعل عمر في تحصيل الدية لعاقلته أنه لم يكن في بيت المال مال فعاد إلى عاقلته كما أن من وجبت الدية على عاقلته إذا عدموا جعلت في بيت المال والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَو اخْتَلَفَا فِي ثَوْبٍ فَقَالَ رَبُّهُ أَمَرْتُكَ أَنْ تقطعَهُ قَمِيصاً وَقَالَ الْخَيَّاطُ بَلْ قُبَاءً بَعْدَ أَنْ وَصَفَ قَوْلَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْخَيَّاطِ لاجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الْقَطْعِ وَقَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ كَمَا لَوْ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ فَقَالَ رَهْنٌ وَقَالَ رَبُّهُ وَدِيعَةٌ. وَلَعَلَّ مِنْ حُجَّتِهِ أَنْ يَقُولَ وَإِنِ اجْتَمَعَا عَلَى أَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْقَطْعِ فَلَمْ يَعْمَلْ لَهُ عَمَلَهُ كَمَا لَوِ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى حَمْلٍ بِإِجَارَةٍ فَقَالَ قَدْ حَمَلْتُهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ إِلاَّ بِإِقْرَارِ صَاحِبِهِ وَهَذَا أَشْبَهُ الْقَوْلَيْنِ وَكِلاَهُمَا مَدْخُولٌ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ الْقَوْلُ مَا شَبَّهَ الشَّافِعِيُّ بِالْحَقِّ لأَنَّهُ لاَ خِلاَفَ أَعْلَمُهُ بَيْنَهُمْ أَنَّ مَنْ أَحْدَثَ حَدَثاً فِيمَا لاَ يَمْلِكُهُ أَنَّهُ مَأْخُوذٌ بِحَدَثِهِ وَأَنَّ الدَّعْوَى لاَ تَنْفَعُهُ فَالْخَيَّاطُ مُقِرٌّ بِأَنَّ الثَّوْبَ لِرَبِّهِ وَأَنَّهُ أَحْدَثَ فِيهِ حَدَثاً وَادَّعَى إِذْنَهُ وَإِجَارَةً عَلَيْهِ فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَعْوَاهُ وَإِلاَّ حَلَفَ صَاحِبُهُ وَضَمِنَهُ مَا أَحْدَثَ فِي ثَوْبِهِ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في رجل دفع إلى خياط ثوباً فقطعه الخياط قباء ثم اختلف ربه والخياط فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قميصاً فتعديت بقطعه قباء فعليك الضمان. وقال الخياط بل أنت أمرتني أن أقطعه قباء فلا ضمان عليّ ولي الأجرة فإن كان لأحدهما بينة على ما يدعيه عمل عليها وحكم بموجبها وإن لم يكن لواحد منهما بينة فهي مسألة الكتاب وقد ذكرها الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى وحكى مذهب ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط ومذهب أبي حنيفة أن القول قول رب الثوب.

قال وهذا أشبه القولين وكلاهما مدخول فنقل المزني ذلك إلى مختصره هذا وحكى في جامعه الكبير قولاً ثالثاً أنهما يتحالفان وقال الشافعي في كتاب الأجير والمستأجر إذا دفع إليه ثوباً ليصبغه أحمر فقال الصباغ بل أخضر أنهما يتحالفان فهذا نقل ما حكاه الشافعي وقال من هذا الاختلاف.

واختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طرق:

أحدهما: وهي طريقة ابن سريج وأبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة وأبي حامد المروروذي أن المسألة على قولين:

أحدهما: أن القول قول الخياط وهو مذهب ابن أبي ليلى.

والثاني: أن القول قول رب الثوب وهو مذهب أبي حنيفة. وحملوا قول الشافعي وكلاهما مدخول بمعنى محتمل لا يقطع بصحته لما يعترصه من الشبه التي لا يخلو منها قول مجتهد ثم مال إلى ترجيح أحدهما لقوته على الآخر وهو قول أبي حنيفة أن القول قول رب الثوب واختاره المزني. والطريقة الثانية لأصحابنا ولعلها طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل أن المسألة على ثلاثة أقاويل على ما حكاه المزني في جامعه الكبير منهما هذان القولان، والثالث: أنهما يتحالفان.

والطريقة الثالثة وهي طريقة المتأخرين من أصحابنا أن المسألة على قول واحد، أنهما يتحالفان لأنه وإن ذكر قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى فقد رغب عنهما بقوله وكلا القولين مدخول ثم أمسك عن التصريح بمذهبه في هذا الموضع اكتفاء بما تقرر من مذهبه في اختلاف المتعاقدين ومن التخالف وما صرح به في كتاب الأجير والمستأجر.

فصل: فإذا قيل بمذهب ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط فوجهه في المصالح شيئان:

أحدهما: أن العادة جارية بأن الخياط يعمل في الثوب ما أذن له فيه ولا يقصد خلافه وإن جرى غير ذلك فنادر فصارت العادة مصدقة لقول الخياط دون رب الثوب. **والثاني:** أن الخياط لما صدق على الإذن المبيح لتصرفه صار مؤتمناً فلم يقبل ادعاء رب الثوب عليه فيما يوجب غرماً لما في ذلك من الإفضاء إلى أن لا يشاء مستأجر أن يثبت غرماً ويسقط أجراً إلا ادعاء خلافاً وهذا يدخل على الناس ضرراً فحسم، فعلى هذا يحلف الخياط بالله تعالى لقد أمره أن يقطعه قباء ولا غرم عليه.

واختلف أصحابنا هل له الأجرة أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا أجرة له لأن قوله إنما قبل في سقوط الغرم لأنه منكر ولم يقبل قوله في الأجرة لأنه فيها مدع فعلى هذا إن كانت الخيوط لرب الثوب لم يكن للخياط نقض الخياطة لأنها آثار مستهلكة ويصير الثوب قباء مخيطاً لربه وإن كانت الخيوط للخياط فله استرجاعها وضمان ما نقص من الثوب بأخذها إلا أن يتراضيا على دفع قيمتها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وطائفة أن له الأجرة لأنه قد صار محكوماً بقبول قوله في الإذن فعلى هذا اختلفوا هل يستحق المسمى أو أجرة المثل على وجهين:

أحدهما: المسمى من الأجرة بتحقيق ما حكم به من قبول قوله.

والثاني: أجرة المثل لئلا يصير مقبول القول في العقد.

فصل: وإذا قيل بمذهب أبي حنيفة أن القول قول رب الثوب فوجهه في القياس شيئان:

أحدهما: أنه اختلاف في ملك أحدهما فكان القول فيه قول المالك كما لو قال صاحب الثوب دفعته إليك وديعة وقال صاحب اليد بل دفعته إليَّ رهناً فالقول فيه قول المالك كذلك هذا.

والثاني: أنهما لو كانا اختلفا في أصل الإذن كان القول فيه قول رب الثوب دون الخياط لأن كل من قبل قوله في الادن قبل قوله في صفة ذلك الإذن كالوكيل إذا ادعى على موكله الإذن في بيع دار فأنكر فالقول قول الموكل كذلك الخياط ورب الثوب يجب أن يرجع فيه إلى رب الثوب في صفة الاذن كما يرجع إليه في أصل الإذن.

وهذا يدفع قول من اعتبر المصالح فعلى هذا يحلف رب الثوب بالله تعالى ما أمره بقطعه قباء نفياً لما ادعاه الخياط ولا يحلف لإثبات ما ادعاه من الاذن في القميص بخلاف الخياط الذي يكون يمينه لإثبات ما ادعاه من الإذن في القباء؛ لأن كل واحد منهما يحلف على ما يطالب به فالخياط يطالب بالأجرة فيحلف على ما ادعى من الإذن في القباء وتبعه سقوط الضمان ورب الثوب يطالب بما جناه الخياط وينكر الأجرة فيحلف على ما يطالب به من جناية الخياط وقال بعض أصحابنا ينبغي أن يحلف كل واحد منهما على النفي والإثبات فيحلف الخياط بالله تعالى ما أمره أن يقطعه قميصاً ولقد أمره أن يقطعه قباء ويحكم له بما ذكرنا وإذا جعل القول قول رب الثوب حلف بالله تعالى ما أمره أن يقطعه قباء ولقد أمره أن يقطعه قميصاً وهذا غير صحيح لأن اليمين الجامعة للنفي والإثبات إنما تكون عند التحالف الذي يصير كل واحد منهما فيه منكراً ومدعياً فاحتاج أن يجمع بين النفي لما أنكره والإثبات لما ادعاه وليس كذلك ههنا فإذا صح ما ذكرنا من أن يمين الخياط على الإثبات ويمين رب الثوب على النفي وحلف رب الثوب على هذا القول فلا أجرة للخياط لتعديه في الخياطة وله استرجاع الخيوط إن كانت له وليس له استرجاعها إن كانت لرب الثوب ثم على الخياط الضمان وفيما يضمنه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يضمن ما بين قيمته قباء وقميصاً لأن قطع القميص مأذون فيه فعلى هذا إن كانت قيمته قباء مثل قيمته قميصاً أو أكثر فلا غرم عليه.

والقول الثاني: وهو اختيار أبي إسحاق المروزي أنه يغرم ما بين قيمته ثوباً صحيحاً وما بين قيمته قباء لأنه بالعدول عن القميص متعد في ثوب صحيح.

والقول الثالث: وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة أن ما صلح من القباء للقميص لم يضمنه وما لم يصلح للقميص ضمن ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً لاختصاص ذلك بالتعدي.

فصل: وإذا قيل بالصحيح من مذهب الشافعي، أنهما يتحالفان فوجهه شيئان: **أحدهما**: أن اختلافهما في صفة العقد مع اتفاقهما على أصله فاقتضى أن يتحالفا كالبيع لأن كل واحد منهما يصير منكراً ومدعياً. والثاني: أنه لما كانا لو اختلفا والثوب صحيح فقال ربه استأجرتك لتخيطه قميصاً وقال الخياط بل استأجرتني لأخيطه قباء لم يعمل على قول واحد منهما وتحالفا عليه لا يختلف قول الشافعي فيه وجب إذا اختلفا بعد قطع الثوب أن يتحالفا عليه لأن ما أوجب التحالف مع بقائه على حاله أوجب التحالف مع تغير أحواله فعلى هذا يحلف كل واحد منهما على النفي والإثبات وهل يقتصر كل واحد منهما على يمين واحدة تجمع بين النفي والإثبات أو على يمينين إحداهما للنفي والأخرى للإثبات، على وجهين، فإذا تحالفا سقط الغرم عن الخياط بيمينه وسقطت الأجرة عن رب الثوب بيمينه. فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي للحالف منهما على الناكل فإن كان الحالف هو الخياط قضي له بالأجرة وسقوط الغرم وإن كان الحالف هو رب الثوب قضي له بالغرم على ما مضى وسقوط الأجرة.

فصل: فلو قال رجل لخياط إن كان يكفيني هذا الثوب قميصاً فاقطعه فقطعه فلم يكفه كان ضامناً ولو قال أيكفيني هذا الثوب قميصاً فقال: نعم قال فاقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن والفرق بينهما أن اللفظ الأول شرط والثاني استفهام.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى**: «وَلَوِ اكْتَرَى دابَّةً فَحَبَسَهَا قَدْرَ الْمَسِيرِ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ حَبَسَهَا أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ ذَلِكَ ضَمِنَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل استأجر دابة ليركبها شهراً أو ليركبها من البصرة إلى الكوفة فأمسكها شهراً أو قدر مسيره من البصرة إلى الكوفة من غير أن يركبها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يفعل ذلك لعذر مانع من ركوبها.

والثاني: أن يفعل ذلك لغير عذر فإن فعل ذلك لغير عذر فقد استوفى ما استحقه بالإجارة وإن لم يركب وضمن جميع الأجرة وقال أبو حنيفة لا أجرة عليه إذا أمسكها ولم يركبها إلا أن يركبها متوجهاً إلى سفره ثم يرجع فيمسكها مقيماً فتلزمه الأجرة.

وهذا خطأ لاتفاقنا وإياه على أن من استأجر داراً فتسلمها ولم يسكنها مدة إجارته فيها فقد استوفى حقه وعليه الأجرة وكذا الدابة لأن السكنى والركوب حق له وليس بحق عليه ولأنه قد فوت منافعها على المؤجر وسواء كان بركوب أو غير ركوب فلو تلفت الدابة بيده مع انقضاء المدة لم يضمن لأنها لو تلفت مع الركوب المضر لم يضمن فلأن لا يضمن مع الكف عن الركوب أولى. وإن أمسك عن ركوبها لعذر فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون لعذر يعود إلى الدابة.

والثاني: أن يكون لعذر يعود إلى المستأجر.

والثالث: أن يكون لعذر في الطريق. فإن كان العذر عائداً إلى المستأجر لمرض حابس أو أمر عائق فقد استوفى حقه وعليه الأجرة لأن له أن يستوفي ذلك بنفسه وبغيره فلم يكن عجزه عن استيفاء ذلك بنفسه مانعاً من استيفائه بغيره وإن كان العذر عائداً إلى الدابة لمرضها فلا أجرة على المستأجر لأنه ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره. ثم ينظر في الإجارة فإن كانت على مدة قد انقضت فقد بطلت وإن كانت إلى مسافة معلومة فهي بحالها.

وإن كان العذر في الطريق من جدب أو خوف فهو كما لو كان لعذر في الدابة لكون العذر في الحالين من غير المستأجر فصار ممنوعاً من استيفاء حقه.

فصل: ولو كان المستأجر بعد انقضاء مدته أمسكها مدة شهر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون إمساكها لعذر مانع من الرد فلا ضمان عليه في الرقبة ولا أجرة عليه فيما بعد المدة.

والضرب الثاني: أن يمسكها لغير عذر فلا يخلو حاله من أربعة أقسام:

أحدها: أن يطالبه المؤجر بها فيمنعه منها فهذا غاصب عليه أجرة المثل في مدة حبسها وضمانها إن تلفت.

والقسم الثاني: أن يطالبه المؤجر بها فيستنظره فيها فينظره مختاراً فهذا في حكم المستعير يضمن الرقبة ضمان العارية ولا يضمن الأجرة.

والقسم الثالث: أن يبذلها المستأجر فلا يقبلها المؤجر فهذا في حكم الوديعة لا يضمن الرقبة ولا الأجرة إلا أن يركبها فيصير متعدياً فيضمن الأمرين. **والقسم الرابع**: أن لا يكون من المستأجر رد ولا من المؤجر طلب فمذهب الشافعي أن على المستأجر عند نقض الإجارة أن يخلي بين المؤجر وبينها وليس عليه ردها بنفسه كالوديعة فعلى هذا لا يضمن الرقبة ولا الأجرة ما لم يكن من المؤجر طلب ومن المستأجر منع ولا وجه لمن خرج من أصحابنا في الإجارة من الرهن وجهاً آخر أن الرد واجب على المستأجر لأن الرهن يتغلب فيه نفع المرتهن فجاز أن يكون وجوب رده على وجهين. وفي الإجارة يستويان فاختص بها المالك لحق الملك. فعلى هذا الوجه المخرج يكون المستأجر عند امتناعه من الرد بعد تقضي مدته غاصباً يضمن الرقبة والأجرة.

فلو اختلفا فقال المؤجر حبستها مانعاً لها فعليك الأجرة والضمان وقال المستأجر بل بذلتها لك فتركتها عليَّ فلا أجرة عليَّ ولا ضمان؛ فالقول قول المستأجر مع يمينه في ضمان الرقبة أنه ما حبسها مانعاً ولا غرم عليه، وأما الأجرة فإن قيل بالصحيح من مذهب الشافعي أن حق الرد مختص بالمؤجر فالقول فيه قول المستأجر أيضاً كالضمان لأن الأصل براءة ذمته منهما وإن قيل بالوجه الآخر المخرج إن حق الرد على المستأجر فالقول فيه قول المؤجر مع يمينه ما لم يظهر تأدية حقه من الرد.

فصل: وإذا استأجر دابة ليركبها من البصرة إلى بلد مسمى فلما وصل إليه أراد أن يسير عليها راكباً إلى منزله من ذلك البلد نظر في ذلك البلد فإن كان صغيراً تتقارب أقطاره جاز أن أن يركبها إلى منزله كما لو نزل في طريقه منزلاً جاز أن ينزل حيث شاء من أول المنزل وآخره.

وإن كان البلد واسعاً متباعداً الأقطار فليس له إذا وصل إلى البلد أن يركبها إلى منزله الا بشرط.

وقال أبو حنيفة له أن يستديم ركوبها إلى منزله بغير شرط فإن نزل في موضع من البلد ثم قال أخطأت منزلي من غيره لم يكن له أن يركبها إلى منزله وهذا خطأ لأنه لو كان ذلك حقاً لو لم ينزل لكان حقاً وإن نزل فلو شرط المستأجر أن يركبها إلى منزله من البلد فإن كان المؤجر عارفاً بمكان منزله من البلد أو لم يعرفه فسماه له جاز وإن لم يعرفه ولا سمى له فالاجارة فاسدة.

فصل: وإذا استأجر بعير إلى مكة لم يكن له إذا وصل إليها أن يحج عليه ولو استأجره ليحج عليه كان له بعد وصوله إلى مكة أن يركبه إلى منى.

ثم إلى عرفة ثم يركبه من عرفة إلى مزدلفة ثم إلى منى ثم من منى إلى مكة لطواف الإفاضة ثم اختلف أصحابنا هل له أن يركبه من مكة عائداً الى منى ليبيت بها ويرمي ام لا على وجهين:

أحدهما: له ذاك لأنه من بقايا الحج.

والثاني: ليس له ذاك لإحلاله من الحج.

فصل: وإذا تعادل رجلان على بعير استأجراه فارتدف معهما ثالث ركب بعير أمرهما لزمه أجر المثل لمالكه دون مستأجريه ولزمه ضمان البعير إن تلف وفي قدر ما يلزمه من قيمته ثلاث مذاهب:

أحدها: النصف اعتباراً بجنس الإباحة والحظر.

والثاني: الثلث اعتباراً بأعدادهم دون وزنهم وهو قول أبي حنيفة لأن الرجال لا يوزنون.

والثالث: بقدر ثقله من ثقل الجماعة تقسيطاً على وزنهم لأن الرجال لا يوزنون فيما لا يعتبر فيه الثقل والخفة والحمل مما يعتبر ذلك فيه تقسيط الأجرة عليه فجاز أن يوزنوا وإن كانوا رجالاً. ولو كان الراكبان أذنا للرديف أن يركب معهما ضمنوا جميعاً أعني المستأجرين والرديف البعير إن تلف لتعدي الراكبين بالإذن وتعدي الرديف بالركوب ورب البعير بالخيار في الرجوع على أيهم شاء فإن رجع على الرديف رجع عليه بما ذكرنا من المذاهب الثلاثة وإن رجع على أحد الراكبين نظر. فإن كان البعير مع الجمال ففي قدر ما يضمنه ثلاثة مذاهب كالرديف ويرجع بها الغارم على الرديف بعد غرمها وإن كان البعير معهما دون الجمال

ضمنهما جميع القيمة في البعير ولم يرجع الغارم منهما على الرديف بعد غرمها إلا بقدر ما كان يلزم الرديف منها على المذاهب الثلاثة.

فصل: وإذا استأجر طحاناً ليطحن له عشرة أقفزة بقفيز منها مطحوناً لم يجز لأنه جعل المعقود عليه معقوداً به. وقد روي عن النبيّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ[1] يعني به ما اكتراه ولكن لو استأجر لطحن تسعة أقفزة بالقفيز العاشر منها جاز لأنه جعل تسعة أعشاره معقوداً عليه وعشرة معقوداً به.

فصل: وإذا دفع الرجل ثوبه إلى غسال فغسله أو إلى قصار فقصره أو إلى خياط فخاطه فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يذكر له أجرة معلومة.

والثاني: أن يذكر له أجرة مجهولة.

والثالث: أن يذكر له أجرة فإن ذكر له أجرة معلومة كقوله اغسل هذا الثوب بدرهم فهذه اجارة صحيحة وللغسال الدرهم المسمى وإن ذكر له أجرة مجهولة كقوله اغسله لأرضيك أو لأقاطعك أو لأعطيك ما شئت فهذه إجارة فاسدة وللغسال أجرة مثله لأنه لم يبذل عمله إلا في مقابلة عوض.

وإن لم يذكر له أجرة معلومة ولا مجهولة. مثل أن يعطيه لغسال فيغسله من غير أن يذكر له أجراً صحيحاً ولا فاسداً قال الشافعي فلا أجرة له لأنه صار باذلاً لعمله على غير بدل فلم يستحق عليه أجراً كما لو بذل طعامه على غير بدل لم يستحق عليه ثمناً ولأنه لو قال أسكني دارك شهراً فأسكنه لم يستحق عليه أجراً فكذلك إذا قال أغسل ثوبي فغسله وقال أبو إبراهيم المزني له الأجرة لأن رب الثوب قد صار مستهلكاً لعمله في ملكه فصار كالغاصب وهذا يفسد بباذل الطعام ودافع الدار.

وقال أبو اسحاق المروزي إن كان رب الثوب سأل الغسال مبتدئاً فقال اغسل ثوبي هذا فله الأجرة وإن كان الغسال طلبه مبتدئاً من ربه فقال أعطني ثوبك لأغسله فلا أجرة له.

وقال أبو العباس بن سريج إن كان الغسال معروفاً أن يغسل بأجر فله الأجرة وإن كان غير معروف بذلك فلا أجرة له وكل هذه المذاهب فاسدة بباذل الطعام ودافع الدار حيث لم يقع الفرق بين أن يكون سائلاً أو مسئولاً ومعروفاً بالمعاوضة أو غير معروف.

فصل: فأما إذا نزل رجل في سفينة ملاح من غير إذنه فحمله فيها إلى بلد فله أجر مثله لأن الراكب صار مستهلكاً لمنفعة موضعه من السفينة على مالكها فضمن الأجرة وهكذا الجمال. وإن نزل فيها عن إذنه من غير ذكر عوض فمذهب الشافعي لا أجرة له وعلى قول

---

(١) أخرجه الدارقطني ٣/٤٧.

المزني له الأجرة وعلى قول أبي اسحاق وإن ابتدأ الراكب فسأله فله الأجرة وإن ابتدأ الملاح فطلبه فلا أجرة له وعلى قول ابن سريج إن كان الملاح معروفاً أن يحمل بأجرة فله الأجرة وإن كان غير معروف بذلك فلا أجرة له وهكذا لو دخل حماماً بغير إذن فعليه الأجرة وإن دخله بإذن فعلى ما ذكرنا من الاختلاف.

ولو أخذ من سقاء ماءً من غير طلب فعليه ثمنه وإن أخذه بطلب فعلى ما ذكرنا من الاختلاف.

فصل: وإذا استأجر قميصاً ليلبسه فأتزر به ضمن لتعديه لأن لبسه أصون ولو ألقاه على كتفه مرتدياً به لم يضمن بالتعدي لأن ذلك أصون وهل يضمن بالتفريط أم لا على وجهين:

أحدهما: يضمن لأن لبسه أحرز.

والوجه الثاني: لا يضمن لأن ذلك أصون.

فصل: ولو استأجر قميصاً ليلبسه فنام فيه نظر فإن نام فيه ليلاً فقد تعدى وعليه الضمان وإن نام فيه نهاراً للقائلة لم يتعد ولا ضمان عليه لأن العادة لم تجر بنوم الناس ليلاً في لباس نهارهم وجرت به العادة في نوم نهارهم.

فصل: وإذا استأجر حائكاً لينسج له ثوباً على أن أجرته نصف قيمته كانت الأجارة فاسدة للجهل بمبلغ قيمته فإن نسجه فله أجرة مثله ولا تؤخذ قبل عمله بنسجه لأن فساد الأجارة يمنع من لزومها فلو قال إن نسجته في الحف فأجرتك دينار وإن نسجته في الساذج فأجرتك نصف دينار فالإجارة فاسدة لأنها لم تعقد على أحد الأمرين وله في كلا الأمرين من نساجته أجرة مثله مالم ينه عنه.

فصل: وإذا أجر الرجل حماماً بالنصف من كسبه فسدت الأجارة للجهل بها ولو أجره بأجرة معلومة صحت وكانت العمارة على المؤجر ومؤنة الحطب والوقود على المستأجر لأن العمارة من حقوق التمكين فاختص بها المؤجر فلو شرطت على المستأجر بطلت الأجارة ومؤنة الحطب والوقود من حقوق الاستيفاء فاختص بها المستأجر فلو شرطت على المؤجر بطلت الأجارة وقد يشترط الناس في وقتنا هذا في أجارة الحمامات ثلاثة شروط كل منها يفسد العقد.

أحدها: أن يشترط على المستأجر ما احتاج الحمام إليه من بياض وسواد لينفرد المؤجر بما احتاج إليه من هدم وبناء وهذا يبطل الأجارة.

والثاني: أن يشترط على المستأجر تعجيل سلف لا يقع به القضاء ليرد عليه عند انقضاء المدة إن لم يستأجر ثانية وهذا يبطل الأجارة.

والثالث: أن يشترط المؤجر دخول الحمام هو وعياله بغير أجرة وهذا يبطل الإجارة فلو صحت الإجارة لخلوها من هذه الشروط الفاسدة فقل دخول الناس إليه فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون لأمر يعود إلى المؤجر من خراب الحمام وشعثه فعلى المؤجر عمارة ما خرب وإصلاح ما تشعث ولا يؤخذ به جبراً فإن بادر إلى عمارته فلا خيار للمستأجر وإن لم يبادر إلى عمارته فالمستأجر بالخيار بين المقام والفسخ.

والضرب الثاني: أن يكون لأمر يعود إلى المستأجر من قلة الحطب والماء ومراعاة الوقود فلا خيار للمستأجر لاختصاصه بالتزام ذلك إن شاء.

والضرب الثالث: أن لا ينسب ذلك إلى واحد منها فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون لمانع منه لفتنة حادثة أو لخراب الناحية فهذا عيب وللمستأجر الخيار.

والضرب الثاني: أن يكون لرغبة عنه لحدوث ما هو أعمر منه فهذا ليس بعيب ولا خيار للمستأجر.

فصل: إجارة دور مكة جائزة ومنع مالك وأبو حنيفة من اجارتها استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال في مكة«إِنَّهَا سَوَائِبُ»[1].

وروى الأعمش عن مجاهد قال: قال رسول الله ﷺ إن مكة حرمها الله لا يحل بيع رباعها ولا أجور بيوتها والدليل على جواز إجارتها ما قدمناه من الدليل على جواز بيعها من قوله ﷺ حين دخل مكة وقد قيل له هلا نزلت في دورك فقال: «وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عقيل مِنْ رَبْعٍ»[2].

فلولا جواز بيعها ما أمضى بيع عقيل وجعل مشتريها منه أحق بها منه وقد اشترى عمر بن الخطاب رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم فلم ينكر شراءه أحد فصار كالإجماع ولأن الله تعالى أضاف إليهم دورهم فقال تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾ [الحشر ٢٨] فاقتضت هذه الاضافة بقاء ملكهم عليها وإذا بما ذكرنا ملكها وجواز بيعها دل ذلك على جواز أجارتها. لأن ما جاز بيعه من الدور جازت أجارته كسائر البلاد.

ولأنه لو لم تملك رقابها ويستحق سكناها لما جاز لأحد أن يستوطن بها دارا ولاستهم الناس عليها لاستوائهم فيها فأما ما استدلوا به من الخبرين فقد قدمنا الجواب عنهما في البيوع.

فصل: تجوز الإجارة على كتب المصاحف ومنع منها بعض العراقيين وأهل المدينة ودليلنا هو أن ما أبيح من الأعمال المعلومة جاز لمن لم يتعين الفرض عليه أن يعتاض عنه كالاجارة على كتب الفقه والحديث.

---

(١) أخرجه ابن ماجة ٢/١٣٠٧ (٣١٠٧) وقال البوصيري: إسناده صحيح على شرط مسلم.

(٢) أخرجه البخاري ٤/٨٦ (دار الفكر) ومسلم ٢/٩٨٤ (٤٣٩ ـ ١٣٥١) وأبو داود (٢٩١٠) ومسلم في المسند ٥/٢٠٢ وابن خزيمة(٢٩٨٥) والدارقطني ٣/٦٣.

فصل: إجارة المشاع تجوز من الشريك وغيره وقال أبو حنيفة تجوز من الشريك ولا تجوزمن غيره وفيما قدمناه من الدليل على رهن المشاع دليل على إجارته ولأن كل عقد صح مع الشريك صحّ مع غيره كالبيع.

فصل. في إجارة الحفائر والبناء وهذا الفصل مشتمل على مسألتين:

أحدهما: في حفائر الآبار والأخرى في البناء. فأما حفائر الآبار فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعقد الاجارة فيه على مدة معلومة كرجل استأجر أجيراً عشرة أيام لحفر بئر على أن أجرة كل يوم درهم فيصح وإن لم يذكر عمق البئر ودورها اذا أشار الى الأرض التي يحفر فيها وتكون أجرته في اليوم الأخير من عمله كأجرته في اليوم الأول وهكذا لو استأجره عشرة أيام بعشرة دراهم كان قسط كل يوم من عمله درهما يستوي فيه اليوم الأول في حفر أعلى البئر واليوم الأخير في حفر أسفلها وهذا مما ليس يختلف الفقهاء فيه.

والضرب الثاني: أن يكون عقد الإجارة على حفر مقدر بالعمل دون المدة كرجل استأجر أجيراً ليحفر له بئرا في عمق ودور معلومين بعشرة دراهم فيصح مضموناً ومعيناً وقال قوم لا يصح هذا العقد لأمرين:

أحدهما: أن باطن الأرض قد يختلف بالصلابة والرخاوة فتختلف أجرته باختلاف صلابته ورخاوته.

وذلك لا يعلم إلا بعد مشاهدة ذلك.

والثاني: أن ما يخرجه من تراب البئر غير معلوم فصار العمل بهذين مجهولاً فبطلت فيه الإجارة حتى تكون معقودة على الأيام وهذا قول شذ قائله عن الكافة وخالف فيه الجماعة لأن عقدالإجارة على أعمال معلومة كعقدها على أيام معلومة في الجواز والصحة ألا ترى أن سائر الصنائع يصح فيها الأمران على ما وصفنا فهكذا حفر الآبار يصح فيه الأمران فإن قدر بالأيام كان العقد على معلوم وإن قدر بالعمل كان عمقا ودورا فهو على معلوم فاقتضى أن يكون الأمران في الصحة على السواء وقولهم إن باطن الأرض قد يختلف فهو وإن كان مختلفا فقد عرف أهل الخبرة باطن الأرض كل تربة بالعرف والعادة فصار باطنها بمشاهدة الظاهر معلوماً كالمشاهد وإن جاز أن يكون الأمر بخلافه كما يصير باطن الصبرة من الطعام معلوما بمشاهدة الظاهر فيصح فيه البيع وإن جاز أن يكون متغيرا لأنه إن وجد نقصا وتغيرا فسخ فكذا الإجارة وقولهم إن التراب مجهول القدر فخطأ لأن ما تقدر حفره بالعمق والدور تقدر ترابه وصارت البئر مكيالا لترابها المحفور ألا ترى أنه لو أخرج تراب ما استؤجر على حفره فانهار التراب فيها وعاد اليها لا يلزمه إخراجه ثانية لأن ما استحق عليه من إخراج التراب قد وفاه.

فصل: فإذا تقرر جواز الاجارة على حفر بئر معلومة العمق والدور بأجرة مسماة فعلى الأجير أن يحفر ما استؤجر عليه ويأخذ ما سمي له فإن حفر بعضها ثم مات أو ظهرت صخرة

لا يقدر على حفرها فقد اختلف الفقهاء في قدر ما يستحقه من أجرتها بماذا يكون معتبرا فذهب الشافعي إلى أنه يقوم أجرة ما حفر وأجرة ما ترك ثم تقسط الأجرة المسماة عليها فما قابل المحفور فهو القدر الذي يستحقه ولا يتقسط على عدد الأذرع لاختلاف ما بين العلو والسفل.

مثاله أن يستأجر على حفر عشرة أذرع في دور معلوم بثلاثين درهما فيحفر خمس أذرع ويترك خمسا فيقال كم تساوي أجرة الخمس المحفورة فإن قيل خمسة دراهم قيل وكم تساوي أجرة الخمس المتروكة فإن قيل خمسة عشر درهما جمعتهما وجعلت كل خمسة سهما فيكون جميع السهام أربعة ثم قسمت الثلاثين التي هي الأجرة المسماة على أربعة أسهم يخرج للسهم الواحد سبعة دراهم ونصف وهو الذي يستحقه بالخمس المحفورة.

فإن قيل تساوي أجرة الخمس المحفورة عشرة وتساوي أجرة الخمس المتروكة خمسة عشر درهما جعلت كل خمسة دراهم سهما فتكون السهام كلها خمسة ثم قسمت الثلاثين المسماة على خمسة أسهم يخرج لكل سهم ستة دراهم فيستحق بالخمسة المحفورة اثني عشردرهماً لأن قسط ما حفر سهمان. فإن قيل تساوي أجرة الخمس المحفورة عشرة دراهم وأجرة الخمس المتروكة خمسين درهما جعلت كل عشرة سهما فتكون السهام كلها ستة ثم قسمت الثلاثين عليها يخرج لكل سهم خمسة دراهم وهو الذي يستحقه بالخمسة المحفورة. لأن قسط عمله سهم واحد ثم على هذه المبرة فهذا مذهب الشافعي وهو قياس أصوله فيما لا يتساوى أجزاؤه.

فصل: وقال أبو حنيفة تضاعف الأذرع المعقود عليها بعدد مسافتها ثم تقسم الأجرة على ما اجتمع منها فما خرج لكل ذراع فهو قدر أجرته مثاله: أن يستأجر على حفر خمسة أذرع بخمسة عشر درهما فيجعل الذراع الأولى ذراعاً واحداً لأن نقل ترابها من ذراع واحد ويجعل الذراع الثانية ذراعين لأن نقل ترابها من ذراعين ويجعل الذراع الثالثة من ثلاثة أذرع لأن نقل ترابها من ثلاثة أذرع ويجعل الذراع الرابعة أربعة أذرع لأن نقل ترابها من أربعة أذرع ويجعل الذراع الخامسة خمسة أذرع لأن نقل ترابها من خمسة أذرع ثم يجعل ذراعاً وذراعين وثلاثاً وأربعاً وخمساً فتكون خمس عشرة ذراعاً وهي مسافة ما استؤجر عليه من الأذرع الخمس ثم يقسم الأجرة المسماة عليها وهي خمسة عشر درهماً يكون قسط كل ذراع درهماً فإن حفر ذراعاً واحداً استحق درهماً واحداً.

ثم إن حفر ذراعين استحق ثلاثة دراهم لأن الأولى ذراع والثانية ذراعان صارا ثلاثاً وإن حفر ثلاث أذرع استحق ستة دراهم لأن الأولى ذراع والثانية ذراعان والثالثة ثلاث صار الجميع ستاً فإن حفر أربع أذرع استحق عشرة دراهم لأن الأولى ذراع والثانية ذراعان والثالثة ثلاث والرابعة أربع صار الجميع عشراً فهذا مذهب أبي حنيفة لأن مسافة الأذرع إذا ضوعفت متساوية فاقتضى أن تكون الأجرة على مبلغ عددها مقسطة.

فصل: وقال بعض محققي أصحابنا في الفقه ومجوديهم في الحساب بمذهب توسط فيه بين مذهبي الشافعي وأبي حنيفة لأن مذهب الشافعي وإن كان في القياس مطرداً وعلى الأصول مستمراً فإن فيه اطراحاً لعمل يصح فيه وينحصر منه ومذهب أبي حنيفة وإن كان في العمل مطرداً وفي الحساب صحيحاً فإن فيه حكمًا يفسد في القياس ويبطل على الأصول وذلك أن حفر الآبار يشتمل على حفر ونقل تراب فالحفر يتماثل في الأذرع كلها وليس في حفر الذراع الأخير عمل يزيد على حفر الذراع الأولى فلم يجز أن يفاضل بين أجورها لتساوي العمل فيها فصار مذهب أبي حنيفة من هذا الوجه فاسداً فأما نقل التراب المحفور فإنه يختلف باختلاف المسافة ويتضاعف بأعداد الأذرع لأن مسافة الذراع الثانية مثلاً مسافة الذراع الأولى ومسافة الثالثة ثلاثة أمثالها ومسافة الرابعة أربعة أمثالها ومسافة العاشرة عشرة أمثالها ومسافة النقل محفورة باختلاف الأذرع فلم يجز أن يعدل عن تقسيط الأجرة عليها وتحقيق المستحق بها الى تقويم معمول أو متروك يستعمل فيه غلبة الظن في تقسيط الأجرة عليهما فصار في مذهب الشافعي من هذا الوجه اطراح لعمل هو أصح تحقيقاً وأخصر تقسيطاً وإذا كان كذلك وجب أن تقسط الأجرة المسماة على الحفر والنقل فما قابل الحفر قسم على أعداد الأذرع من غير تفاضل لأن العمل في جميعها متماثل وما قابل النقل قسمة على ما تنتهي إليه مسافة الأذرع لأن العمل فيها متضاعف متفاضل.

فإن قيل لا يجوز أن يفضل بين أجرة الحفر والنقل لأن أحدهما تبع للآخر قيل هذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه ليس جعل النقل تبعاً للحفر بأولى من جعل الحفر تبعاً للنقل وإذا لم يتميز التابع من المتبوع صار كل واحد منهما مقصوداً.

والثاني: أن ما كان تبعاً لغيره من العقد لم يجز أن يفرد بالعقد وقد ثبت أنه لو استأجر على الحفر أجيراً لا ينقل وعلى النقل أجيراً لا يحفر صح فلم يكن الجمع بينهما في العقد بمانع من تميزها في أحكام.

فصل: فإذا صح ذلك العمل فللعمل عليه مقدمة وهو أنك إذا أردت أن تعلم مبلغ مسافة نقل التراب من عشر أذرع وشق عليك أن تجمع من الواحد إلى العشرة على الولاء فبابه المختصر أن تزيد على العشرة واحداً يكون أحد عشر ثم تضربها في نصف العشرة تكون خمسة وخمسين وأن تضرب نصف أحد عشر في عشرة تكن خمسة وخمسين وهو مبلغ العدد المجموع من واحد إلى عشرة على الولاء.

والعلة في ذلك ما ذكره شجاع بن نصر أن الواحد والعشرة يكون أحد عشر والإثنان والتسعة يكون أحد عشر والثلاثة والثمانية أحد عشر والأربعة والسبعة أحد عشر والخمسة والستة أحد عشر فتعلم أن الذي معك من جملة أعداد العشر خمس مرات أحد عشر فلذلك ضربت في نصف العشرة وهو خمسة في أحد عشر فعلى هذا إذا أردت أن تجمع من واحد إلى خمسة عشر على الولاءفزد الواحد على خمسة عشر يكن ستة عشر.

ثم أضربها في نصف خمسة عشر يكن مائة وعشرين وإن شئت ضربت نصف ستة عشر في خمسة عشر يكن مائة وعشرين ثم على هذا القياس.

فصل: فإذا تقررت هذه المقدمة صرنا إلى العمل فإذا قيل رجل استؤجر على حفر بئر عمقها خمس أذرع في دور معلوم بعشرين درهماً فإنه يقال كم تساوي أجرة الحفر فإذا قيل خمسة دراهم قيل وكم تساوي أجرة النقل فإذا قيل خمسة عشر درهماً فليس في ذلك محاباة فاجعل أجرة الحفر التي هي خمسة مقسومة على عدد الأذرع الخمس بالسوية.

لأنه ليس لبعضها على بعض في الحفر فضل فيكون قسط كل ذراع بالحفر وحده درهماً واحداً ثم اجعل أجرة النقل التي هي خمسة عشر درهماً مقسومة على مبلغ مسافة الأذرع الخمس وهو خمس عشرة ذراعاً لأنه ذراع وذراعان وثلاث وأربع وخمس وإن شئت أن تعمله بالباب المختصر زدت على الخمسة واحداً يكن ستة ثم تضربها في نصف الخمسة يكن خمسة عشر أو ضربت نصف الستة في خمسة تكن خمسة عشر.

وهي مبلغ مسافة النقل من خمس أذرع فإذا قسمت عليها قسطت من الأجرة وهي خمسة عشر درهماً كان أجرة كل ذراع درهماً فإذا حفر ونقل ذراعاً واحداً استحق درهمين لأن له بالحفر درهماً وبالنقل درهماً ولو حفر ونقل ذراعين استحق خمسة دراهم لأن له بحفر ذراعين درهمين وبنقل ذراعين ثلاثة دراهم لأن الأولى ذراع والثانية ذراعان ولو حفر ونقل ثلاث أذرع استحق تسعة دراهم لأن له بحفر الأذرع الثلاث ثلاثة دراهم وله بالنقل من ثلاث أذرع مسافة ست أذرع ستة دراهم.

ولو حفر ونقل أربع أذرع استحق أربعة عشر درهماً لأن بحفر الأذرع الأربعة أربعة دراهم وله بالنقل من أربعة أذرع مسافةعشرة أذرع عشرة دراهم فلو استؤجر على حفر بئر عمقها(خمس عشرة ذراعاً) في دور معلوم بمائة وخمسين درهماً قيل كم تساوي أجرة الحفر بلا نقل فإن قيل عشرون درهماً قيل وكم تساوي أجرة النقل بلا حفر فإن قيل ثمانون درهماً ففي الأجرة محاباة فاجمع أجرة الحفر والنقل تكن مائة درهم.

واجعل كل عشرين سهما تكن خمسة أسهم سهم منها للحفر وأربعة أسهم للنقل ثم اقسم الأجرة المسماة وهي مائة وخمسون درهماً على خمسة أسهم يكن قسط كل سهم ثلاثين درهماً فتجعل أجرة الحفر وحده ثلاثون درهماً لأن قسط الحفر سهم واحد وتحصل أجرة النقل وحده مائة وعشرون درهماً لأن قسط النقل أربعة أسهم ثم اقسم أجرة الحفر وهي ثلاثون درهماً على أعداد الأذرع وهي خمسة عشر ذراعاً تكن أجرة كل ذراع درهمين.

واقسم أجرة النقل وهي مائة وعشرون درهماً على مسافة خمس عشرة ذراعاً وهي مائة وعشرون ذراعاً لأنك إذا زدت على خمسة عشر واحد ثم ضربت نصفها في خمسة عشر كانت مائة وعشرين فيكون أجرة نقل كل ذراع واحدة درهماً واحداً فإذا حفر ونقل خمس أذرع واستحق بالحفر وحده عشرة دراهم كان له بكل ذراع درهمان واستحق بالنقل وحده

خمسة عشر درهماً لأن مسافة خمس أذرع خمسة عشر ذراعاً لـه بكل ذراع درهم فيصير جميع ما يستحقه بالحفر والنقل خمسة وعشرين درهماً.

ولـو حفر ونقـل عشر أذرع استحق بـالحفـر وحـده عشـرين درهمـاً لأن لـه بكـل ذراع درهمين واستحق بالنقل وحده خمسة وخمسين درهماً لأن مسافة عشر أذرع خمس وخمسون ذراعاً له بكل ذراع درهم فيصير ما يستحقه بالحفر والنقل خمسة وسبعين درهمـاً ثم على هذا القياس.

فصل: وأما البناء فالإجارة عليه ضربان: **أحدهما**: أن تكون معقودة على الأيـام فيصح فيساوي أجور الأيام مما سمي لها من سفل البناء و علوه. **والضرب الثاني**: أن تكون معقودة على بناء مقدر بالعمل فتصح إذا اجتمع في العقد شرطان:

أحدهما: أن يكون البناء معلوم القدر في الطول والعـرض والعلو، **والشرط الثاني**: أن تكـون آلة البنـاء موصـوفة من حجـر أو آجر أو لبن بجص وطين. فـإن أغفـل ذلـك لم يجـز لاختلاف العمل باختلافه ولو شرط الآلة على الأجيـر لم يجز وإن وصفهـا لأنه يصيـر عقدين من إجارة وبيع في عقد؛ فإذا عقد الإجارة باجتماع هذين الشرطين صحت بوفاق من خـالف في إجارة الآبار ويؤخذ الأجير بإتمام البناء؛ فإن بنى بعضـه ثم قطعـه عن إتمامـه قاطـع وأراد أجرة ما عمل فلا يخلو حال البناء من أحـد أمرين: إمـا أن يكون متمـاثل المسـاحة في علوه وسفله كالمنار والسواري. فيكون حكمهـا كحكم الآبار على مـا مضى من المذاهب الثـلاثة وإما أن يكون مختلف المسـاحة كـالمخروطـات فيقوم المعمـول والمتروك ثم تقسط الأجـرة عليهما فما قابل المعمول منها فهو حق الأجير فيما عمل وبالله التوفيق.

مُخْتَصَرٌ مِنَ الْجَامِعِ

مِنْ كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ وَكِرَاءِ الأَرْضِ وَالشَّرِكَةِ فِي الزَّرْعِ وَمَا دَخَلَ فِيه مِنْ كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى وَمَسَائِلَ سَمِعْتُهَا مِنْهُ لَفْظاً

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ قَالَ سَمِعْتُ عَمْرُو بْنَ دِينَارٍ يَقُولُ سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ كُنَّا نُخَابِرُ وَلاَ نَرَى بِذَلِكَ بَأْساً حَتَّى أَخْبَرَنَا رَافِعُ بْنُ خُدَيْجٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ فَتَرَكْنَاهَا لِقَوْلِ رَافِعٍ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْمُخَابَرَةُ اسْتِكْرَاءُ الأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَدَلَّتْ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي نَهْيِهِ عَنِ الْمُخَابَرَةِ عَلَى أَنْ لاَ تَجُوزَ الْمُزَارَعَةُ عَلَى الثُّلُثِ وَلاَ عَلَى الرُّبُعِ وَلاَ عَلَى جُزْءٍ مِنَ الأَجْزَاءِ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ وَلاَ يَجُوزُ الْكِرَاءُ إِلاَّ مَعْلُوماً».

قال الماوردي: وهذا كما قال، المخابرة هي المزارعة وهي ما وصفها الشافعي رضي الله عنه من أنها استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، واختلف الناس في تسميتها بالمخابرة على قولين ذكرهما ابن قتيبة.

أحدهما: أنها مأخوذة من معاملة خيبر حين أقرهم رسول الله ﷺ فقال خَابِرُوهُمْ أي عاملوهم على خيبر.

والقول الثاني: أنها مأخوذة من الخبرة وهي النصيب. قال عروة بن الورد:

إذا ما جعلت الشاة للقوم خبرة ... فشأنك أني ذاهب لشؤون

والخبرة: أن يشتري الشاة جماعة فيقتسمونها.

وإذا كانت المخابرة هي استكراء الأرض لزراعتها ببعض ما يخرج منها فهي على ضربين، ضرب أجمع الفقهاء على فساده، وضرب اختلفوا فيه.

فأما الضرب الذي أجمعوا على فساده، فهو أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصة صاحبه، مثل أن يقول قد زارعتك على هذه الأرض على أن ما زرعت من هرن كان لي وما زرعت من أفل كان لك، أو على ما نبت من الماذيانات كان لي، وما نبت على السواقي والجداول كان لك، أو على أن ما سقي بالسماء فهو لي وما سقي بالرشاء فهو لك، فهذه مزارعة باطلة اتفق الفقهاء على فسادها لرواية سعيد بن المسيب عن سعد قال كنا نكري الأرض بما على السواقي وما سقي بالماء منها فَنَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ

ذَلِكَ وَأَمَرَنَا أَنْ نُكْرِيهَا بِذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ[(١)]، ولأن تميُّز ما لكل واحد منهما يمنع من إلحاقه بالمساقاة المشاعة، ويخرج بالجهالة عن حكم الإجارة الجائزة فصار باطلاً.

فصل: وأما الضرب الذي اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطهما على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع ليأخذ الزارع سهمه بعمله، ويأخذ رب الأرض سهمه بأرضه فهذه هي المخابرة والمزارعة التي اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب: **أحدها**: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه أنها باطلة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر، وجابر بن عبدالله، ورافع بن خديج رضي الله عنهم، ومن التابعين سعيد بن جبير، وعكرمة، ومن الفقهاء الشافعي ومالك وأبو حنيفة رضي الله عنهم.

والمذهب الثاني: أنها جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض، وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب كرّم الله وجهه وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد بن أبي وقاص ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم، ومن التابعين سعيد بن المسيب، ومحمد بن سيرين وعبد الرحمن بن أبي ليلى ومن الفقهاء سفيان الثوري وأبو يوسف ومحمد.

والمذهب الثالث: أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز، وإن شرطه على الزارع جاز، وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه.

واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى شَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ وَزَرْعٍ. وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس يَا أَبَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ لَوْ تَرَكْتَ الْمُخَابَرَةَ فَإِنَّهُمْ يَزْعَمُونَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْهَا فَقَالَ: يَا عَمْرُو أَخْبَرَنِي أَعْلَمُهُمْ ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّهُ لَمْ يَنْهَ عَنْهَا وَلَكِنْ قَالَ: لأَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرْجاً مَعْلُوماً[(٢)]. وروى عروة بن الزبير عن زيد بن ثابت، قال «رَحِمَ اللَّهُ رَافِعَ بْنَ خُدَيْجٍ أَنَا أَعْلَمُ بِهَذَا الْحَدِيثِ مِنْهُ» ـ يعني ما رواه عن المخابرة ـ قال زيد: «أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَجُلاَنِ مِنَ الأَنْصَارِ، وَكَانَا قَدِ اقْتَتَلاَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنُكُمَا فَلاَ تكروا الْمَزَارِعَ».

قالوا: ولأن المعاملة على الأصول ببعض نمائها يجوز كالمساقاة على النخل و المضاربة بالمال، وكذلك المخابرة على الأرض. قالوا ولأنه لما جازت المخابرة إذا اقترنت بالمساقاة جازت بانفرادها.

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/ ٢٧٩ (٣٣٩٣) وبنحوه أخرجه مسلم ٣/ ١١٨٣ كتاب البيوع (١١٥/ ١٥٤٧) ومالك في الموطأ ٢/ ٧١١.

(٢) أخرجه البخاري ٥/ ١٨ (٢٣٣٠) كتاب المزارعة ومسلم ٣/ ١١٨٤ كتاب البيوع (١٢١ ـ ١٥٥٠).

والدليل على فسادها مع ما رواه الشافعي رضي الله عنه في صدر الباب عن ابن عمر، رواية الشافعي عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر قال «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُخَابَرَةِ»[1]. والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال «كُنَّا نُخَابِرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَإِنَّ بَعْضَ عُمُومَتِي أَتَانِي فَقَالَ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَمْرٍ كَانَ لَنَا نَافِعاً، وَطَوَاعِيَةُ اللَّهِ وَرَسُولِهِ أَنْفَعَ لَنَا وَأَنْفَعُ، قَالَ: فَقُلْنَا: «وَمَا ذَاكَ» قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَزْرَعْهَا أَخَاهُ وَلاَ يُكَارِيهَا بِثُلُثٍ وَلاَ رُبْعٍ وَلاَ طَعَامٍ مُسَمًّى، وَرَوَى ابْنُ خُثَيْم عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ «مَنْ لَمْ يَذَرِ الْمُخَابَرَةَ فَلْيُؤذَنْ بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ»[2]، ولأن الأصول التي تصح إجارتها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها، وكذا الأرض لما جازت إجارتها لم تجز المخابرة عليها.

فهذه دلائل الفريقين في صحة المخابرة وفسادها، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الأمصار مع الضرورة الماسة إليها، وكان ما عارضها محتملاً أن يكون جارياً على ما فسره زيد بن ثابت، وقال عبد الله بن عباس كان صحة المخابرة أولى من فسادها مع صحة شهادة الأصول لها في المساقاة والمضاربة.

فصل: فإن قيل بجواز المخابرة حملا فيها على ما شرطاه من بذر وسهم، وإن قيل بفسادها فالزرع لصاحب البذر، فإن كان البذر لمالك الأرض فالزرع له، وعليه للعامل أجرة مثل عمله، وبقره، وآلته، لأنه بذل ذلك في مقابلة عوض فوته عليه فساد العقد فرجع بقيمته، وإن كان البذر للزارع فالزرع له وعليه لرب الأرض أجرة مثل أرضه لأنه بذلها في مقابلة عوض فوته عليه فساد العقد، فرجع بقيمته، وإن كان البذر لهما، فالزرع بينهما، وعلى رب الأرض للعامل نصف أجرة عمله، وبقره، وآلته، وعلى العامل لرب الأرض نصف أجرة أرضه.

قال الشافعي رضي الله عنه فلو اشترك أربعة في زراعة الأرض فكانت الأرض لأحدهم، والبذر للآخر، والآلة للآخر، ومن الرابع العمل، على أن الزرع بينهم أرباعاً كان الزرع لصاحب البذر، وعليه أجرة المثل لشركائه. وقد روى الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل، عن مجاهد قال اشْتَرَكَ أَرْبَعَةُ رَهْطٍ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي زَرْعٍ فَقَالَ أَحَدُهُمْ قِبَلِي الأَرْضَ، وَقَالَ الآخَرُ، قِبَلِي الْبِذْرِ، وَقَالَ الآخَرُ، قِبَلِي الْعَمَلِ، وَقَالَ الآخَرُ قِبَلِي الفَدَّان، فَلَمَّا اسْتُحْصِدَ الزَّرْعُ صَارُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَجَعَلَ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ الْبِذْرِ، وَأَلْغَى صَاحِبَ الأَرْضِ، وَجَعَلَ لِصَاحِبِ الْفدان شَيْئاً مَعْلُوماً، وَجَعَلَ لِصَاحِبِ الْعَمَلِ دِرْهَماً كُلَّ يَوْمٍ.

---

(١) أخرجه البخاري ٦١/٥ كتاب المساقاة (٢٣٨١) ومسلم ١١٧٤/٣ كتاب البيوع (١٥٣٦/٨٢).

(٢) ضعيف أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب (٣٤) وأبو نعيم في الحلية ٢٣٦/٩ والبيهقي في السنن الكبرى ١٢٨/٦.

فصل: ولمن قال بفساد المخابرة ثلاثة وجوه يتوصل بكل واحد منها إلى صحة الشركة في الزرع:

أحدها: أن يشتركا في منفعة الأرض إما بملك رقبتها أو بإجارتها أو استعارتها أو تكون لأحدهما فيؤجر صاحبه أو لغيره نصفها مشاعاً فتصير منفعة الأرض لهما ثم يشتركان في البذر والعمل فيصير الزرع بينهما.

والوجه الثاني: أن يقول صاحب الأرض للعامل: قد أجرتك نصف أرضي مشاعاً سنة بدينار، واستأجرت نصف عملك ونصف عمل ما قد شاهدته من بقرك وآلتك سنة بدينار ثم يقع القصاص والإبراء، ويخرجان البذر بينهما فيصيران شريكين في الزرع.

والوجه الثالث: أن يقول صاحب الأرض للعامل قد أجرتك نصف أرضي مشاعاً بنصف عملك ونصف عمل ما شاهدته من بقرك وآلتك سنة، فيصير كل واحد منهما مستأجراً لنصف ما لصاحبه سنة، بنصف ما للآخر سنة، أو يعقدان ذلك سنين معلومة، ثم يخرجان البذر بينهما، فيصيران شريكين في الأرض والبذر، والعمل، فيصير الزرع بينهما.

فإن أراد أن يكون لصاحب الأرض الثلث وللعامل الثلثان، قال صاحب الأرض قد أجرتك ثلثي أرضي بثلث عملك، ويخرج صاحب الأرض ثلث البذر فيصير ثلث الزرع لصاحب الأرض، وثلثاه للعامل.

ولو أراد أن يكون لرب الأرض ثلثا الزرع وللعامل الثلث، قال رب الأرض قد آجرتك ثلث أرضي بثلثي عملك ويخرج ثلثي البذر فيصير لرب الأرض ثلثا الزرع، وللعامل الثلث.

وإن أراد أن يكون البذر من رب الأرض والزرع بينهما، قال رب الأرض قد استأجرت نصف عملك بنصف هذا البذر، ونصف منفعة هذا الأرض فيصير الزرع بينهما نصفين.

وإن أراد أن يكون البذر من العامل قال رب الأرض قد أجرتك نصف أرضي بنصف عملك ونصف هذا البذر فيصير الزرع بينهما نصفين.

وقال أبو حامد الإسفراييني إذا عقدا على الوجه الذي يكون البذر فيه من أحدهما فهو بيع وإجارة فيخرج على قولين.

وليس الأمر فيه على ما قاله بل هو عقد إجارة محضة، والأجرة فيها نصف البذر ونصف العمل فيصح قولاً واحداً و بالله التوفيق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَجُوزُ كِرَاءُ الأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالْعَرْضِ وَمَا نَبَتَ مِنَ الأَرْضِ أَوْ عَلَى صِفَةٍ تُسَمِّيهِ كَمَا يَجُوزُ كِرَاءُ الْمَنَازِلِ وَإِجَارَةُ الْعَبِيدِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقد اختلف الناس في إجارة الأرضين على ثلاثة مذاهب:

أحدها: ما ذهب إليه الحسن البصري وطاوس إلى أن إجارة الأرضين باطلة لا تجوز بحال.

والمذهب الثاني ما قاله مالك بن أنس أن إجارتها جائزة بالذهب والورق، ولا يجوز بالبر، والشعير، ولا بما ينبت من الأرض.

والمذهب الثالث: ما قاله الشافعي رضي الله عنه وأبو حنيفة وجماعة الفقهاء أنها تجوز بكل معلوم من ذهب أو ورق أو عرض أو بما ينبت من الأرض من بر أو شعير أو غيره.

واستدل الحسن وطاوس على المنع من إجارتها بحديث رواه ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن ابن عمر كان يكري أرضه حتى بلغه أن رافع بن خديج الأنصاري كان ينهي عن كراء الأرض، فلقيه عبد الله فقال يابن خديج ماذا تحدث عن رسول الله ﷺ في كراء الأرض فقال رافع لعبد الله بن عمر سمعت عمي وكانا قد شهدا بدراً يحدثان أهل الدار أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ فَقَالَ عَبْدُ الله، والله لقد كنت أعلم في عهد رسول الله ﷺ أن الأرض تكرى، ثم خشي عبد الله أن يكون رسول الله ﷺ أحدث في ذلك شيئاً لم يكن يعلمه، فترك كراء الأرض.

وروى ابن المبارك عن سعيد أبي شجاع عن عيسى بن سهل عن رافع بن خديج قال إني ليتيم في حجر رافع، وحججت معه فجاءه أخي عمران بن سهل فقال أكرينا أرضنا فلانة بمائتي درهم، فقال دَعْهُ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ، نَهَى عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ.

قال ولأنه لما لم تجز إجارة النخل والشجر لكونهما أصلا لكل ثمر فكذلك الأرض لأنها تجمع الأصل والفرع.

فصل: واستدل مالك على أن إجارتها بالطعام وبما ينبت من الأرض لا يجوز، بحديث سليمان بن يسار، عن رافع بن خديج عن بعض عمومته، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَزْرَعْهَا أَخَاهُ، وَلَا يُكَارِيَهَا بِثُلُثٍ وَلَا رُبْعٍ وَلَا بِطَعَامٍ مُسَمًّى» وروى طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج قال «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وَقَالَ إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةٌ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَهُوَ يَزْرَعُهَا، وَرَجُلٌ مَنَحَ أَرْضاً، فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مَنَحَ، وَرَجُلٌ اسْتَكْرَى أَرْضاً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ».

ولأن استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها باطل كالمخابرة.

ودليلنا على مالك رواية الأوزاعي عن حنظلة بن قيس الأنصاري قال سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال لا بأس بها، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذيانات وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، ولم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر عنه، فأما شيء مضمون معلوم فلا بأس به فكان هذا على عمومه مع شبيهه على معنى النهي، فصار هذا تفسيراً لما أجمله من النهي.

ولأن ما صح أن يؤاجر بالذهب والورق صح أن يؤاجر بالبر والشعير، كالدور والعقار، ولأن ما صح أن تؤاجر به الدور والعقار صح أن تؤاجر به الأرضون كالذهب والورق.

فأما الجواب عما استدل بـه الحسن من حديثي رافع في النهي عن كراء الأرض فمحمول على ما فسره في هذا الحديث من كرائها بما على الماذيانات، لأن الروايات عن رافع مختلفة.

وأما الجواب عن جمعه بين الأرض، وبين النخل والشجر فهو أن المستفاد من النخل أعيان، ومن الأرض آثار.

وأما الجواب عما استدل به مالك من حديثي رافع فهو ما ذكرنا، ونهيه عن إجارتها بطعام مسمى يعني من الأرض المؤاجرة.

وأما الجواب عن قياسه على المخابرة فهو أن العوض في المخابرة لا يثبت في الذمة وفي الإجارة يثبت في الذمة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ الْكِرَاء إلاَّ عَلَى سَنَةٍ مَعْرُوفَةٍ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في مدة الإجارة، وأن لا بد أن تكون معلومة، وأنها تجوز سنة، وفي جوازها سنين قولان.

فإذا استأجر أرضاً للزراعة سنة فعلى أربعة أقسام:

أحدها: أن يشترط سنة هلالية، فيصح ويكون العقد على اثني عشر شهراً بالأهلة يحتسب بكل شهر ما بين الهلالين، كاملاً كان أو ناقصاً ويكون قدر السنة الهلالية ثلاثمائة وأربعة وخمسين يوماً، وهذا أخص الآجال بالشرع، قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ، قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩].

والقسم الثاني: أن يشرط سنة عددية فيصح ويكون العقد على ثلاثمائة وستين يوماً كاملة لأن عدد الشهر مستوفٍ بكماله.

والقسم الثالث: أن يشترط سنة شمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم، فقد اختلف أصحابنا في صحة الإجارة بهذا الأجل على وجهين:

أحدهما: يصح للعلم بالمدة فيها.

والثاني: باطلة، لأنها مقدرة بحساب تنسأ فيه أيام، وقد حرم الله تعالى النسيء بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ﴾ [التوبة: ٣٧].

والقسم الرابع: أن يطلق ذكر السنة، فلا يشترطها هلالية، ولا عددية ولا شمسية فتصح الإجارة حملاً على السنة الهلالية لأنه الزمان المقدر في الآجال الشرعية. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا تَكَارَى الرَّجُلُ الأَرْضَ ذَاتَ الْمَاءِ مَنَ الْعَيْنِ أَو النَّهْرِ أَوْ عثرياً أو غيلاً أو الآبَارِ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا غَلَّةَ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ فَزَرَعَهَا إِحْدَى

الغَلَّتَيْنِ وَالْمَاءُ قَائِمٌ ثُمَّ نَضَبَ الْمَاءُ فَذَهَبَ قَبْلَ الغَلَّةِ الثَّانِيَةِ فَأَرَادَ رَدَّ الأَرْضِ لِذَهَابِ الْمَاءِ عَنْهَا فَذَلِكَ لَهُ وَيَكُونُ عَلَيْهِ مِنَ الْكِرَاءِ بِحِصَّةِ مَا زَرَعَ إِنْ كَانَ الثُّلُثُ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ وَسَقَطَتْ عَنْهُ حِصَّةُ مَا لَمْ يَزْرَعْ لأَنَّهُ لاَ صَلاَحَ لِلزَّرْعِ إِلاَّ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا استأجر أرضاً فلا بد من ذكر ما قد استأجرها له، من زرع أو غرس أو بناء، فإن أغفل ذكر ما يستأجرها له بطلت الإجارة لاختلافه، ثم لا يذكر ذلك بلفظ الشرط بل يقول «لِتَزْرَعْهَا» فإن أخرجها مخرج الشرط، فقال «عَلَى أَنْ تَزْرَعْهَا» بطلت الإجارة لأنه إذاجعله شرطاً لزمه، والمستأجر لا يلزمه استيفاء المنفعة، وإنما هو إذا مكن منها مخير بين استيفاءها أو تركها ألا ترى أن من استأجر داراً للسكنى كان مخيراً بين سكناها وتركها، فإن شرط عليه سكناها في العقد فقيل فيه «على أن يسكنها» بطلت الإجارة.

فإذا استأجر أرضاً سنة لزرعها غلة شتاء وصيف، فلا بد أن يكون لها وقت العقد ماء قائم يسقي به الزرع من عين أو نهر أو نيل أو عثريا، وهو: الماء المجتمع في أصول الجبال أو على رؤوسها، أو غيلاً، وهو: السيح الجاري، سمي سيحاً لأنه يسيح في الأرض، أو غللاً وهو: الماء بين الشجر. وإنما افتقر عقد الإجارة عليها إلى وجود الماء لزرعها، لأن الزرع لا ينبت في جاري العادة إلا بماء يسقيه فلزم أن يكون لها ماء يمكن معه استيفاء المنفعة منها لأن على المؤجر تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة فبطلت الإجارة، وهكذا لو كان سقى زرعها بعلاً أو عذياً، والبعل: ما شرب بعروقه، والعذي: ما سقته السماء، فهي كالأرض التي لا ماء لها، لأنه غير قائم فيها، وقد يكون ولا يكون، فلا يصح إجارتها للزرع.

فإذا استأجرها ولها ماء قائم فزرعها إحدى الغلتين، ثم نضب الماء أو نقص أو ملح وتعذر عليه لأجل ذلك زرع الغلة الثانية نظر، فإن توصل المؤجر إلى إعادة الماء بحفر نهر، أو بئر، أو استنباض عين فالإجارة بحالها ولا خيار للمستأجر فيها.

وإن تعذر عليه إعادة الماء أو أمكنه فلم يفعل لم يجبر عليه كما لا يجبر على بناء الدار إذا انهدمت، ولا يجبر البائع على مداواة العبد المبيع إذا ظهر به مرض. ثم للمستأجر الخيار مع بقاء العقد بين المقام عليه أو الفسخ، لما حدث من النقص بتعذر التمكين.

فإن قيل فهلا بطلت الإجارة بانقطاع الماء عنها كما لو انهدمت الدار أو مات العبد، قيل: الفرق بينهما أن الأرض المستأجرة باقية مع انقطاع الماء عنها، والدار تالفة بانهدامها، وكذلك العبد بموته، فلم تبطل الإجارة بانقطاع الماء عن الأرض، وإن بطلت بانهدام الدار، وموت العبد واستحق المستأجر الخيار للنقص الداخل عليه، فإن أقام فعليه الأجرة المسماة، وإن فسخ فله فسخ الإجارة فيما بقي من المدة، وفي جواز فسخها فيما مضى وجهان:

أحدهما: ليس له ذاك لأنه قد صار مستهلكاً لما مضى من المدة باستيفائها ومن استهلك معقوداً عليه لم يستحق خياراً في فسخه، فعلى هذا يقيم على ما مضى من المدة بحصته من الأجرة، ويرجع لباقي المدة بحصته من الأجرة.

والوجه الثاني: له الخيار في فسخ ما مضى كما كان له الخيار في فسخ ما بقي لأنها صفقة فلم يفترق حكمها في الخيار، فعلى هذا إن فسخ في الجميع رجع بالمسمى، وكان عليه أجرة المثل فيما مضى، وإن أقام على ما مضى، وفسخ فيما بقي، لزمه من الأجرة بقسط ما مضى، ورجع منها بقسط ما بقي، وقد خرج قول آخر: أنه يقيم على ما مضى بكل الأجرة وإلا فسخ وهذا ليس بصحيح.

فإذا أراد أن يرجع بحصة ما بقي لم يقسط ذلك على المدة، وإنما يقسط على أجرة المثل، فإذا كان الماضي من المدة نصفها لم يرجع بنصف الأجرة، وقيل: «كم تساوي أجرة مثل المدة الماضية؟ فإذا قيل عشرون ديناراً، قيل وكم تساوي أجرة مثل المدة الباقية؟ فإذا قيل عشرة دنانير رجع بثلث الأجرة، ولو كان أجرة ما مضى عشرة وأجرة مابقي عشرون، رجع بثلثي الأجرة، لأنه قد تختلف أجرة مثل المدتين، فلم يجز أن يقسط على أعدادها ولزم أن يقسط على أجور أمثالها والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى**: «وَلَوْ تَكَارَاهَا سَنَةً فَزَرَعَهَا فَانْقَضَتِ السَّنَةُ وَالزَّرْعُ فِيهَا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يُحْصَدَ فَإِنْ كَانَتِ السَّنَةُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا زَرْعاً يُحْصَدُ قَبْلَهَا فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ وَلَيْسَ لِرَبِّ الزَّرْعِ أَنْ يُثْبِتَ زَرْعَهُ وَعَلَيْهِ أَنْ يَنْقُلَهُ عَنِ الأَرْضِ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الأَرْضِ تَرْكَهُ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَإِذَا شَرَطَ أَنْ يَزْرَعَهَا صِنْفاً مِنَ الزَّرْعِ يُسْتَحْصَدُ أَوْ يُسْتَقْصَلُ قَبْلَ السَّنَةِ فَأَخَّرَهُ إِلَى وَقْتٍ مِنَ السَّنَةِ وَانْقَضَتِ السَّنَةُ قَبْلَ بُلُوغِهِ فَكَذَلِكَ أَيْضاً وَإِنْ تَكَارَاهَا لِمُدَّةٍ أَقَلَّ مِنْ سَنَةٍ وَشَرَطَ أَنْ يَزْرَعَهَا شَيْئاً بِعَيْنِهِ وَيَتْرُكُهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ وَكَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لاَ يُمْكِنُهُ أَنْ يُسْتَحْصَدَ فِي مِثْلِ الْمُدَّةِ الَّتِي تَكَارَاهَا فَالْكِرَاءُ فِيهِ فَاسِدٌ مِنْ قِبَلِ أَنِّي إِنْ أَثْبَتُّ بَيْنَهُمَا شَرْطَهُمَا وَلَمْ أُثْبِتْ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ أَنْ يُبْقِي زَرْعَهُ فِيهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ أَبْطَلْتُ شَرْطَ الزَّارِعِ أَنْ يَتْرُكَهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ وَإِنْ أَثْبَتُّ لَهُ زَرْعَهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ أَبْطَلْتُ شَرْطَ رَبِّ الأَرْضِ فَكَانَ هَذَا كِرَاءً فَاسِداً وَلِرَبِّ الأَرْضِ كِرَاءُ مِثْلِ أَرْضِهِ إِذَا زَرَعَهُ وَعَلَيْهِ تَرْكُهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضاً مدة معلومة ليزرعها زرعاً موصوفاً، فزرعها، ثم انقضت المدة، قبل استحصاد زرعها، فلا يخلو حال المدة من ثلاثة أقسام: **أحدها**: أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد في مثلها، **والثاني**: أن يعلم أنه لا يستحصد في مثلها، **والثالث**: أن يقع الشك فيه.

فأما القسم الأول: وهو أن يعلم بجاري العادة أن مثل ذلك الزرع يستحصد في مثل تلك المدة فانقضت المدة قبل استحصاده، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون تأخر استحصاده لعدوله عن الجنس الذي شرطه إلى غيره مثل أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا، فيزرعها براً، فتنقضي المدة، والزرع غير مستحصد، فهذا يؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأنه بعدوله عن الباقلا إلى البر يصير متعدياً فلم

يستحق استيفاء زرع تعدى فيه، فإن تراضى المؤجر والمستأجر على تركه إلى أوان حصاده بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر، وإن رضي المستأجر وأبى المؤجر، أو رضي المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل قلع.

والقسم الثاني: أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من غير عدول عن جنسه، فهذا مفرط، ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأن تفريطه لا يلزم غيره، فإن بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضي المؤجر بقبولها ترك وإلا قلع.

والقسم الثالث: أن يكون تأخير استحصاده لأمر سمائي، من استدامة برد، أو تأخير مطر، أو دوام ثلج، ففيه وجهان:

أحدهما: يترك إلى وقت استحصاده لأنه لم يكن من المستأجر عدوان، ولا تفريط فإذا ترك إلى وقت الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده.

والوجه الثاني: أن يؤخذ بقلع زرعه ولا يترك لأنه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه في استزادة المدة خوفا من حادث سماء، فلما لم يستظهر صار مفرطاً.

فصل: وأما القسم الثاني من أقسام الأصل، وهو أن يعلم بجاري العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد في مثل تلك المدة، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرع من بر أو شعير، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشرط قلعه عند تقضي المدة، فهذه إجارة جائزة لأنه قد يريد زرعه قصيلاً، ولا يريده حباً، فإذا انقضت المدة أخذ بقلع زرعه وقطعه.

والقسم الثاني: أن يشرط تركه إلى وقت حصاده، فهذه إجارة فاسدة لأن اشتراط استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة ينافي موجبها، فبطلت ثم للزارع استيفاء زرعه إلى وقت حصاد، وإن بطلت الاجارة، فلا يؤخذ بقلع زرع، لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك، وعليه أجرة المثل والفرق بين هذه المسألة في استيفاء الزرع مع فساد الإجارة، وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الأقسام مع صحة الإجارة: أن الإجارة إذا بطلت روعي الإذن دون المدة، وإذا صحت روعيت المدة.

والقسم الثالث من هذه الأقسام: أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعاً ولا تركاً، فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضي القلع أو الترك على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يقتضي القلع اعتباراً بموجب العقد، فعلى هذا الإجارة صحيحة، ويؤخذ المستأجر بقلع زرعه عند تقضي المدة.

والوجه الثاني: وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه أن الإطلاق يقتضي الترك إلى أوان الحصاد اعتباراً بالعرف فيه، كما أن ما لم يبد صلاحه من الثمار يقتضي إطلاق بيعه للترك إلى وقت الصرام اعتباراً بالعرف فيه، فعلى هذا تكون الإجارة فاسدة، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك.

وأما القسم الثالث من أقسام الأصل وهو أن يقع الشك في تلك المدة هل يستحصد الزرع فيها كأنه استأجرها خمسة أشهر لزرع البر أو الشعير فقد يجوز أن يستحصد الزرع في هذه المدة في بعض البلاد وبعض السنين، ويجوز أن لا يستحصد، فيكون حكم هذا القسم حكم ما علم أنه يستحصد فيه ويكون حكم هذا القسم حكم ما علم أنه لا يستحصد فيه على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا تَكَارَى الأَرْضَ الَّتِي لاَ مَاءَ لَهَا إِنَّمَا يُسْقَى بِنُطَفِ سَمَاءٍ أَوْ بِسَيْلٍ إِنْ جَاءَ فَلاَ يَصِحُّ كِرَاؤُهَا إِلاَّ عَلَى أَنْ يُكْرِيَهُ أَيَّاهَا أَرْضَاً بَيْضَاءَ لاَ مَاءَ لَهَا يَصْنَعُ بِهَا الْمُسْتَكْرِيَ مَا شَاءَ فِي سَنَتِهِ إِلاَّ أَنَّهُ لاَ يَبْنِي وَلاَ يَغْرِسُ فَإِذَا وَقَعَ عَلَى هَذَا صَحَّ الْكِرَاءُ وَلَزِمَهُ زَرَعَ أَوْ لَمْ يَزْرَعْ فَإِنْ أَكْرَاهُ إِيَّاهَا عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا وَلَمْ يَقُلْ أَرْضاً بَيْضَاءَ لاَ مَاءَ لَهَا وَهُمَا يَعْلَمَانِ أَنَّهَا لاَ تُزْرَعُ إِلاَّ بِمَطَرٍ أَوْ سَيْلٍ يَحْدُثُ فَالْكِرَاءُ فَاسِدٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، قد ذكرنا أن إجارة الأرض للزرع لا تجوز إلا أن يكون لها ماء قائم يغتذي به الزرع، فإذا كانت الأرض بيضاء لا ماء لها، وإنما تسقى بما يحدث من نطف سماء من مطر أو طل أو بحدوث سيل من زيادة واد أو نهر فلا تصح إجارتها للزرع إلا أن يقول أجرتكها على أنها أرض بيضاء لا ماء لها لتصنع بها ما شئت على أن لا تبني ولا تغرس لأنه إذا لم يشرط هذا ـ وقد استأجرها للزرع ـ توهم المستأجر أن المؤجر ملتزم بحفر بئر أو نهر لما عليه من حقوق التمكين، وذلك غير لازم له فلم يكن بد من شرط ينفي هذا التوهم، ويزيل هذا الاحتمال وإذا كان هكذا فلا يخلو حال العقد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط أن لا ماء لها فالإجارة صحيحة على ما وصفنا وللمستأجر أن يزرعها ولا يغرسها، ويحفر فيها للزرع بئراً إن شاء، وعليه طمها عند انقضاء المدة.

والقسم الثاني: أن يشترط أن لها ماء، وهو ما يحدث من سيل أو مطر فالإجارة باطلة لأن السيل والمطر قد يحدث وقد لا يحدث.

والقسم الثالث: أن يطلق العقد، فلا يشرط أنها بيضاء لا ماء لها، ولا يشرط أن لها ماء يحدث، فلا يخلو حال الأرض من أمرين:

أحدهما: أن تكون رخوة يمكن حفر بئر فيها أو شق نهر إليها فالإجارة باطلة لما فيها من احتمال التزام المؤجر لذلك.

والثاني: أن تكون صلبة لا يمكن من حفر بئر فيها ولا شق نهر إليها كأراضي الجبال ففيه وجهان حكاهما أبو إسحاق المروزي:

أحدهما: وهو اختياره أن إجارتها مع عدم الشرط وإطلاق العقد جائزة لأن استحالة ذلك فيها يغني عن الشرط، ويقوم مقامه.

والوجه الثاني: أن إجارتها مع الإطلاق باطلة ما لم يقترن بها شرط لأنه مع استحالة حفرها قد يجوز أن ينصرف إلى زرعها بما يحدث من سيل أو سماء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَتِ الأَرْضُ ذَاتَ نَهْرٍ مِثْلِ النِّيلِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَعْلُو الأَرْضَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا زَرْعاً لاَ يَصْلُحُ إِلاَّ بِأَنْ يُرْوَى بِالنِّيلِ لاَ بِئْرَ لَهَا وَلاَ مَشْرَبَ غَيْرُهُ فَالْكِرَاءُ فَاسِدٌ».

قال الماوردي: وصورتها في أرض على نهر يعلو على ماء البئر فلا يقدر على سقيها إلا بأن يزيد ماء ذلك النهر حتى يعلو فيسقيها كأرض النيل والفرات وما انحدر من أرض دجلة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يؤجرها عند زيادة الماء وعلوه، وإمكان سقي الأرض به فالإجارة جائزة لوجود الماء وإمكان الزرع، وليس ما يخاف من صدور نقصانه بمانع من صحة الإجارة لأمرين:

أحدهما: أن ما يظن من حدوث الأسباب المفسدة للعقد لا يمنع في الحال من صحته، كموت العبد، وانهدام الدار.

والثاني: أن حدوث النقصان إنما يكون عرفاً بعد اكتفاء الأرض وارتواء الزرع فلم يكن له تأثير.

والضرب الثاني: أن يؤجرها عند نقصان الماء وقبل زيادته فالإجارة باطلة لأمرين:

أحدهما: أن زرعها بعد العقد غير ممكن فصار استيفاء المنفعة متعذراً.

والثاني: أن حدوث الزيادة مظنون قد يحدث ولا يحدث، وقد يحدث منها ما يكفي، وما لا يكفي، فلهذين بطلت الإجارة.

فصل. فأما أرض البصرة ذات المد والجزر فإجارتها للزرع جائزة في وقت المد والجزر، لأنه معتاد لايتغير المد عن وقته ولا الجزر عن وقته على حسب أيام الشهور وأحوال القمر لا تختلف عادته ولا يختلف وقته.

فصل: فإذا كانت أرض من أراضي الجبال قد استقرت فيها نداوة المطر حتى يمكن زرعها به من غير مطر يأتي، ولا سيل يحدث جاز أن تؤاجر للزرع، وإن لم يكن له ماء مشاهد، لأن زرعها على حالها هذه ممكن فصارت كالأرض ذات الماء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا تَكَارَاهَا وَالْمَاءُ قَائِمٌ عَلَيْهَا وَقَدْ يَنْحَسِرُ لاَ مَحَالَةَ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ فِيهِ الزَّرْعُ فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ قَدْ يَنْحَسِرُ وَلاَ يَنْحَسِرُ كَرِهْتُ الْكِرَاءَ إِلاَّ بَعْدَ انْحِسَارِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في أرض دخلها الماء حتى علا عليها، وأقام فيها فاستؤجرت للزرع فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الماء كثيراً يمنع من مشاهدتها لكدره وكثرته ولم تتقدم رؤية المستأجر لها قبل علوه فالإجارة باطلة للجهل بحال ما تناوله العقد.

والضرب الثاني: أن يكون الماء صافياً لا يمنع من مشاهدتها، أو يكون قد تقدم رؤية المستأجر لها قبل علو الماء عليها، وإن كان مانعاً من مشاهدتها فهما في الحكم سواء فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستأجرها لما يمكن زرعه مع بقاء الماء عليها كالأرز فالإجارة جائزة.

والضرب الثاني: أن لا يمكن زرعه مع بقاء الماء عليه كالحنطة فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم بجاري العادة أن الماء لا ينحسر عنها قبل وقت الزراعة فالإجارة باطلة، لأن استيفاء ما استؤجرت له متعذر.

والقسم الثاني: أن يشك في انحسار الماء عنها قبل وقت الزراعة فالإجارة باطلة إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين في بقاء الماء والله أعلم.

والقسم الثالث: أن يعلم أن الماء ينحسر عنها يقيناً قبل وقت الزراعة، فإن كان ذلك لأن لها مغيضاً يمكن إذا فتح الماء أن يغيض فيه فالإجارة جائزة للقدرة على إرسال ماءها، والمكنة من زراعتها، وإن كان ذلك للعادة الجارية فيها فإنها تشرب مائها، وتنشفه الأرض والرياح عرفاً قائماً فيها، وعادة جارية لا يختلف فيها ففي صحة إجارتها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي والظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه أن الإجارة جائزة لما استقر من العرف فيها.

والوجه الثاني: حكاه أبو علي بن أبي هريرة عن بعض المتقدمين أن الإجارة باطلة لأن زرعها في الحال غير ممكن وارتقاء الماء عليها يقين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ غَرَّقَهَا بَعْدَ أَنْ صَحَّ كِرَاؤُهَا نِيلٌ أَوْ سَيْلٌ أَوْ شَيْءٌ يُذْهِبُ الأَرْضَ أَوْ غُصِبَتِ انْتَقَضَ الْكِرَاءُ بَيْنَهُما مِنْ يَوْمِ تَلِفَتِ الأَرْضُ».

قال الماوردي: وصورتها في أرض استؤجرت للزرع فغرقت أو غصبت فلا يخلو حال غرقها أو غصبها من أحد أمرين، إما أن يكون زماناً يسيراً كالثلاث فما دون فالإجارة صحيحة لا تبطل بما حدث من غرقها أو غصبها في هده المدة اليسيرة، لكنه عيب قد طرأ والمستأجر لأجله بالخيار بين المقام أو الفسخ، وإن كان الزمان كثيراً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في ابتداء المدة من حين الإجارة، فقد بطلت للحائل بين

المستأجر وما استأجره، كما لو مات العبد أو انهدمت الدار، ثم للمستأجر أن يرجع بالأجرة كلها.

والضرب الثاني: أن يكون بعد مضي بعض المدة، كأنه مضى من المدة نصفها، وبقي نصفها، فالإجارة فيما بقي منها باطلة، ثم مذهب الشافعي رضي الله عنه جوازها فيما مضى، ومن أصحابنا من خرج قولاً ثانياً أنها باطلة فيما مضى لبطلانها فيما بقي جمعاً للصفقة ومنعاً من تفريقها في الحكم، وهو تخريج فاسد، لما تقدم من تعليل فساده.

فإذا قيل بهذا التخريج في بطلان ما مضى وما بقي رجع المستأجر بجميع المسمى ورجع المؤجر بأجرة مثل ما مضى، وإذا قيل بصحتها فيما مضى، وإن تبطل فيما بقي فالمذهب لزومه وسقوط خيار المستأجر فيه، فعلى هذا يقيم عليه بقسطه من الأجرة، وفيه وجه آخر أن له فيه الخيار لما حدث من تفريق الصفقة بين المقام أو الفسخ. فإن فسخ التزم أجرة مثل ما مضى، ورجع بالمسمى وإن أقام فأصح القولين أنه يقيم بقسطه من الأجرة، والثاني ـ وهو مخرج ـ أنه يقيم بكل الأجرة وإلا فسخ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ تَلِفَ بَعْضُهَا وَبَقِيَ بَعْضٌ وَلَمْ يَزْرَعْ قَرُبَ الزَّرْعِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْكِرَاءِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا لأَنَّ الأَرْضَ لَمْ تُسَلَّم لَهُ كُلُّهَا وَإِنْ كَانَ زَرَعَ بَطُلَ عَنْهُ مَا تَلِفَ وَلَزِمَهُ حِصَّةُ مَا زَرَعَ مِنَ الْكِرَاءِ وَكَذَا إِذَا جَمَعَتِ الصَّفْقَةُ مائَةَ صَاعٍ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ فَتَلِفَ خَمْسُونَ صَاعاً فَالْمُشْتَرِيَ بِالْخَيَارِ فِي أَنْ يَأْخُذَ الْخَمْسِينَ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثمن أَوْ يَرُدَّ الْبَيْعَ لأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ كُلُّ مَا اشْتَرَى وَكَذَلِكَ لَو اكْتَرَى دَاراً فَانْهَدَمَ بَعْضُهَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ مِنْهَا مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْكِرَاءِ وَهَذَا بِخِلاَفِ مَا لاَ يَتَبَعَّضُ مِنْ عَبْدٍ اشْتَرَاهُ فَلَمْ يَقْبِضْهُ حَتَّى حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ أَخْذِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ رَدِّهِ لأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ مَا هُوَ غَيْرُ مَعِيبٍ وَالْمَسْكَنُ يَتَبَعَّضُ مِنَ الْمَسْكَنِ مِنَ الدَّارِ وَالأَرْضِ كَذَلِكَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل استأجر أرضاً فغرّق السيل بعضها وبقي بعضها فالإجارة في الذي غرق منها باطلة ثم المذهب أنها في الباقي منها جائزة وهو بالخيار في فسخ الإجارة فيه أو أخذه بقسطه من الأجرة لتقسيط الأجرة على أجزاء الأرض كتقسيط ثمن الصبرة على أجزاء الصبرة، وليس كالعبد الذي إذا قطعت يده لم يتقسط عليه الثمن، كان ذلك عيباً يوجب خيار المشتري في أخذه بجميع الثمن أو فسخ البيع فيه، وقد خرج قول أن الإجارة باطلة فيما بقي لبطلانها فيما غرق، ويمنع المستأجر من زرع الباقي، فإن زرعه ضمن أجرة مثله دون المسمى وليس بصحيح.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ مَرَّ بِالأَرْضِ مَاءٌ فَأَفْسَدَ زَرْعَهُ أَوْ أَصَابَهُ حَرِيقٌ أَوْ جَرَادٌ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ فَهَذَا كُلُّهُ جَائِحَةٌ عَلَى الزَّرْعِ لاَ عَلَى الأَرْضِ كَمَا لَوِ اكْتَرَى مِنْهُ دَاراً لِلْبَزِّ فَاحْتَرَقَ الْبَزُّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا استأجر الرجل أرضاً، فزرعها، ثم هلك الزرع بزيادة ماء أو لشدة برد، أو دوام ثلج، أو أكل جراد، فالإجارة بحالها ولا خيار للمستأجر فيها، لأن الأرض المعقود عليها سليمة يمكن استيفاء منافعها، وإنما حدثت الجائحة في مال المستأجر لا في المعقود عليه، فلم يؤثر ذلك في العقد، كما لو أجره دكاناً للبز، فاحترق البز لم تبطل الإجارة لسلامة المعقود عليه، ولو احترق الدكان بطلت الإجارة لتلف المعقود عليه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوِ اكْتَرَاهَا لِيَزْرَعَهَا قَمْحاً فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَهَا مَا لاَ يَضُرُّ بِالأَرْضِ إِلاَّ إِضْرَارَ الْقَمْحِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فله أن يزرع الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل، وليس له أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة، وقال داود بن علي: «لا يجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة، وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، فلم يجز العدول عما تضمنه العقد، قال ولأنه لما لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وإن كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد، كذلك في إجارة الأرض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة.

ودليلنا هو أن ذكر الحنطة في إجارة الأرض إنما هو لتقدير المنفعة به لا لتعيين استيفاءه، ألا تراه لو تسلم الأرض ولم يزرعها لزمته الأجرة لأن ما تقدرت به المنفعة المستحقة قد كان ممكناً من استيفاءه، ولو تعين الاستيفاء بالعقد ما لزمته الأجرة.

فإذا ثبت أن ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة بما تقدرت به في العقد وبغيره جاز، كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة فحمل قفيزاً غيره وكما لو استأجرها ليزرع حنطة بعينها فزرع غيرها، ولأن عقد الإجارة يتضمن أجرة يملكها المؤجر ومنفعة يملكها المستأجر فلما جاز للمؤجر أن يستوفي حقه من الأجرة كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفي حقه من المنفعة كيف شاء بزرع الحنطة وغير الحنطة وبإعارتها لمن يزرعها وبتركها وتعطيلها.

فأما استدلاله بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] فمثل الحنطة مما تضمنه العقد بما دللنا.

وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فكذا في الإجارة، فهو أن الفرق بينهما في التعيين متفق عليه لأن الدراهم تتعين بالعقد حتى لا يجوز العدول إلى جنسها، والحنطة لا تتعين في عقد الإجارة، وإنما الخلاف في تعيين جنسها، ألا تراه لو استأجرها لزرع حنطة بعينها جاز له العقود إلى غيرها من الحنطة فكذلك يجوز أن يعدل إلى غير الحنطة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من استأجر أرضاً لزرع الحنطة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها فيجوز له ـ بوفاق داود ـ أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل إلا أن داود يجيزه بالشرط، ونحن نجيزه بالعقد و الشرط تأكيد.

والقسم الثاني: أن يستأجرها لزرع الحنطة، ويغفل ذكر ما سوى الحنطة فهذا القسم الذي خالف فيه داود، فمنعه من زرع غير الحنطة، ويجوز له عندنا أن يزرعها غير الحنطة مما ضرره كضرر الحنطة أو أقل.

والقسم الثالث: أن يستأجرها لزرع الحنطة على أن لا يزرع ما سواها، ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن أبي هريرة:

أحدها: أن الإجارة باطلة لأنه شرط فيها ما ينافي موجبها.

والوجه الثاني: أن الإجارة جائزة، والشرط باطل، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة، لأنه لا يؤثر في حق المؤجر فألغي.

والوجه الثالث: أن الإجارة جائزة والشرط لازم وليس له أن يزرعها غير الحنطة، لأن منافع الإجارة إنما تملك بالعقد على ما سمي فيه، ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهَا مِثْلَ عُرُوقٍ تَبْقَى فِيهَا فَلَيْسَ ذَلِكَ فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ مُتَعَدٍّ وَرَبُّ الأَرْضِ بِالْخَيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْكِرَاءَ وَمَا نَقَصَتِ الأَرْضُ عَمَّا يُنْقِصُهَا زَرْعُ الْقَمْحِ أَوْ يَأْخُذُ مِنْهُ كِرَاءَ مِثْلِهَا (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الأَوَّلُ أَوْلَى لأَنَّهُ أَخَذَ مَا اكْتَرَى وَزَادَ عَلَى الْمُكْرِي ضَرَراً كَرَجُلٍ اكْتَرَى مَنْزِلاً يُدْخِلُ فِيهِ مَا يَحْمِلُ سَقْفُهُ فَحَمَلَ فِيهِ أَكْثَرَ فَأَضَرَّ ذَلِكَ بِالْمَنْزِلِ فَقَدِ اسْتَوْفَى سُكْنَاهُ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ضَرَرِهِ وَكَذَلِكَ لَوِ اكْتَرَى مَنْزِلاً سُفْلاً فَجَعَلَ فِيهِ الْقَصَّارِينَ أَوِ الْحَدَّادِينَ فَتَقَلَّعَ الْبِنَاءُ فَقَدِ اسْتَوْفَى مَا اكْتَرَاهُ وَعَلَيْهِ بِالتَّعَدِّي مَا نَقَصَ بِالْمَنْزِلِ».

قال الماوردي: إذا استأجر أرضاً لزرع الحنطة لم يكن له أن يغرسها ولا أن يزرعها ما هو أكثر ضرراً من الحنطة كالدخن والكتان والذرة، فإن فعل فقد تعدى، ويؤخذ بقلع زرعه لأنه غير مأذون فيه فصار كالغاصب، وهل يصير بذلك ضامناً لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتها إن غصبت أو تلفت بسيل؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: أنه يضمنها لأنه قد صار ـ بالعدول عما استحقه ـ غاصباً والغاصب ضامن.

والوجه الثاني: ـ وهو الأصح ـ أنه لا يضمن رقبة الأرض، لأن تعديه في المنفعة لا في الرقبة.

فإن تمادى الأمر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طولب بالأجرة فالذي نص عليه الشافعي أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الأرض، وبين أن يأخذ أجرة المثل.

فاختلف أصحابنا فكان المزني وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة: يخرجون تخيير الشافعي رضي الله عنه على قولين:

أحدهما: أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لأن تعدي الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الأرض إلى غيرها، فلما كان بعدوله إلى غير الأرض ملتزماً لأجرة المثل دون المسمى فكذلك بعدوله إلى غير الحنطة.

والقول الثاني: أنه يرجع بالمسمى من الأجرة وينقص الضرر الزائد على الحنطة لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد، فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فتجاوز به إلى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل في الزيادة.

وقال الربيع وأبو العباس بن سريج وأبو حامد المروروزي: إن المسألة على قول واحد، وليس التخيير منه اختلافاً للقول فيها فيكون رب الأرض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت ا لأرض بالزيادة كالمتجاوز بركوب الدابة، وبين أن يفسخ الإجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون به مخيراً بين المقام أو الفسخ.

فأما المزني فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت ا لأرض، واستدل بمسألتين:

إحداهما: أن يستأجر بيتاً لحمولة مسماة فيعدل إلى غيرها، فهذا ينظر، فإن استأجر سفل بيت ليحرز فيه مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلاً أوعدل عن الحديد إلى القطن فلا ضمان عليه لأن سفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة، ولا العدول عن الجنس، وإن كان علو بيت تكون الحمولة على سقفه، فإن كانت الإجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلاً فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الأجرة وأجرة مثل الزيادة، وإن كان قد استأجره لمائة رطل قطناً فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز لأن القطن يتفرق على السقف، والحديد يجتمع في موضع منه، فكان أضر، فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا في القولين.

والمسألة الثانية من دليل المزني على اختياره: أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين، أو ينصب فيها رحى، فهذه زيادة ضرر لا يتميز، فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في القولين فلم يكن للمزني فيما استشهد به دليل من مذهب ولا حجاج.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ قَالَ لَهُ ازْرَعْهَا مَا شِئْتَ فَلَا يُمْنَعُ مِنْ زَرْعِ مَا شَاءَ وَلَوْ أَرَادَ الْغِرَاسَ فَهُوَ غَيْرُ الزَّرْعِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا استأجرها ليزرعها ما شاء صح الكراء وله أن يزرعها جميع أصناف الزرع مما يكثر ضرره أو يقل، فإن زرعها ما يكثر ضرره فقد استوفى جميع حقه، وإن زرع ما يقل ضرره فقد استوفى بعض حقه وسامح ببعضه.

فإن قيل فهلا بطلت الإجارة كما لو استأجر دابة ليحمل عليها ما شاء قيل الفرق بينهما: أنه قد يشاء أن يحمل على الدابة ما لا تحتمله فتهلك وليس يشاء أن يزرع الأرض ما لا تحتمله لأنه إن شاء أن يزرع ما تضعف الأرض عن احتماله هلك الزرع دون الأرض.

فأما إذا استأجرها للزرع فأراد الغرس لم يكن له ذاك لأن ضرر الغرس أكثر من ضرر الزرع من وجهين:

أحدهما: أنه أدوم بقاء من الزرع.

والثاني: أنه أنشر عروقاً في الأرض من عروق الزرع.

ولكن لو استأجرها للغرس فأراد الزرع كان له لأن ضرر الزرع أقل، وله أن يستوفي بعض حقه، وليس له أن يزيد على حقه.

فلو استأجرها للغرس، فأراد أن يبني فيها لم يجز، لأن ضرر البناء قد يزيد على ضرر الغرس في صلابة الأرض وخشونتها، ولو استأجرها للبناء لم يكن له أن يزرع ولا يغرس لأن الزرع والغرس يفسدها ويرخيها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رضي الله عنه: «وَإِنْ قَالَ ازْرَعْهَا أَوِ اغْرِسْهَا مَاشِئْتَ فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) أَوْلَى بِقَوْلِهِ أَنْ لَا يَجُوزَ هَذَا لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي يَغْرِسُ أَكْثَرَ الْأَرْضِ فَيَكْثُرُ الضَّرَرُ عَلَى صَاحِبِهَا أَوْ لَا يَغْرِسُ فَتَسْلَمَ أَرْضُهُ مِنَ النُّقْصَانِ بِالْغَرْسِ فَهَذَا فِي مَعْنَى الْمَجْهُولِ وَمَا لَا يَجُوزُ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذا الفصل يشتمل على ثلاث مسائل:

إحدهن: أن يقول قد أجرتكها لتزرعها إن شئت أو تغرسها إن شئت فالاجارة صحيحة وهو مخير بين زرعها إن شاء، وبين غرسها، فإن زرع بعضها وغرس بعضها جاز، لأنه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز.

والمسألة الثانية: أن يقول قد أجرتكها لتزرعها أو تغرسها فالإجارة باطلة لأنه لم يجعل له الأمرين معاً ولا أحدهما معيناً فصار ما أجره له مجهولاً.

والمسألة الثالثة: أن يقول قد أجرتكها لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب المزني: أن الاجارة باطلة، لأنه لما لم يخيره بين الأمرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهولاً، وهذا قول أبي إسحاق.

والوجه الثاني: وهو ظاهر كلام الشافعي، وقاله ابن أبي هريرة أن الإجارة صحيحة، وله أن يزرع النصف، ويغرس النصف لأن جمعه بين الأمرين يقتضي التسوية بينهما، فلو زرع جميعها جاز، لأن زرع النصف المأذون في غرسه أقل ضرراً، ولو غرس جميعها لم يجز لأن غرس النصف المأذون في زرعه أكثر ضرراً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ انْقَضَتْ سِنُوهُ لَمْ يَكُنْ لِرَبِّ الأَرْضِ أَنْ يَقْلَعَ غَرْسَهُ حَتَّى يُعْطِيَهُ قِيمَتَهُ وَقِيمَةَ ثَمَرَتِهِ إِنْ كَانَتْ فِيهِ يَوْمَ يقلعه(قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلِرَبِّ الغِرَاسِ إِنْ شَاءَ أَنْ يَقْلَعَهُ عَلَى أَنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ الأَرْضَ وَالغِرَاسَ كَالبِنَاءِ إِذَا كَانَ بِإِذْنِ مَالِكِ الأَرضِ مُطْلَقاً.

(قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ القِيَاسُ عِنْدِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ أَنَّهُ إِذَا أَجَّلَ لَهُ أَجَّلَ لَهُ أَجلاً يَغرِسُ فِيهِ فَانْقَضَى الأَجَلُ أَوْ أَذِنَ لَهُ بِبِنَاءٍ فِي عَرَصَةٍ لَهُ سِنِينَ وَانْقَضَى الأَجَلُ أَنَّ الأَرْضَ وَالعَرَصَةَ مَرْدُودَتَانِ لأَنَّهُ لَمْ يُعِره شَيْئاً فَعَلَيْهِ رَدُّ مَا لَيْسَ لَهُ فِيهِ حَقٌّ عَلَى أَهْلِهِ وَلاَ يُجْبَرُ صَاحِبُ الأَرْضِ عَلَى غِرَاسٍ وَلاَ بِنَاءٍ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وَهَذَا قَدْ مَنَعَ مَالَهُ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِي مَا لاَ يَرْضَى شِرَاءَهُ فَأَيْنَ التَّرَاضِي».

قال الماوردي: وصورتها فيمن استأجر أرضاً ليبني فيها ويغرس فانقضى الأجل والبناء والغراس قائم في الأرض فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرساً، فإن فعل كان متعدياً وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء فأما القائم في الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الأرض لأنه مستحق بالعقد.

والحال الثانية: أن يشترطا تركه بعد انقضاء المدة، فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لأنه من موجباته لو أخل بالشرط ويصير بعد انقضاء المدة مستعيراً على مذهب الشافعي رضي الله عنه فلا تلزمه أجرة، وعلى مذهب المزني عليه أجرة ما لم يصرح له بالعارية، فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه لزمه تسوية ما حدث من حفر الأرض لأنه لم يستحقه بالعقد، وإنما استحقه بالملك. وهذا قول جميع أصحابنا، وإنما اختلفوا في تعليله، فقال بعضهم: العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد، وهو التعليل الذي ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لم يلزمه تسوية الأرض.

والحال الثالثة: أن يطلقا العقد فلا يشترطان فيه قلعه ولا تركه فينظر، فإن كان قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أخذ المستأجر بقلعه لأنه لا ضرر يلحقه فيه، ولا نقص،

وإن كان قيمته مقلوعاً أقل من قيمته قائماً ـ وهو الأغلب ـ نظر فإن بذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء قائماً أو ما بين قيمته قائماً أو مقلوعاً لم يكن للمستأجر تركه، لأن ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص وقيل لا نجبرك على أخذ القيمة، ولكن نخيرك بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته، وليس لك اقراره وتركه.

وإن لم يبذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر في المستأجر فإن امتنع من بذل أجرة المثل بعد تقضي المدة لم يكن له إقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه، وإن بذل أجرة المثل مع امتناع رب الأرض من بذل القيمة أو النقص فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقر لا يؤخذ المستأجر بقلعهما، ويؤخذ أجرة مثلهما، وقال أبو حنيفة والمزني ويؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الأرض بعد انقضاء المدة على تركهما استدلالاً بما ذكره المزني من قول الله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[النساء ٢٩] .

وليس من رب الأرض رضي بالترك فلم يجبر عليه، ولأنه لما أخذ بقلع زرعه عند انقضاء المدة لم يقر إلى آوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانهما أولى، ولأن تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم في الاستيفاء كما أوجب اختلاف الحكم في إحداث الغرس والبناء. وهذا المذهب أظهر حجاجاً واصح اجتهاداً واستدل أصحابنا على تركه واقراره بقوله ﷺ« لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ».

فاقتضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق، فلم يجز أن يسوي بينهما في الأخذ بالقلع، قالوا ولأن من أذن لغيره في إحداث حق في ملكه كان محمولاً فيه على العرف المعهود في مثله كمن أذن لجاره في وضع أجذاعه في جداره كان عليه تركه على الأبد، ولم يكن له أخذه بقلعها لأن العادة جارية باستدامة تركها، كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستيفاء، دون القلع والتناول فحملا على العادة فيهما، وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لأن العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده ثم هي غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه والله أعلم.

فصل: وإذا كانت الإجارة فاسدة، فبنى المستأجر فيها وغرس فهو في الاقرار والترك على ما ذكرناه في الإجارة الصحيحة، لأن الفاسد من كل عقد حكمه حكم الصحيح في الأمانة والضمان.

فصل: وإذا أراد المستأجر بيع بناءه وغرسه قائماً في الأرض فإن باعه على رب الأرض جاز، وإن باعه على غيره ففي البيع وجهان:

أحدهما: باطل لأن ملك المستأجر عليه غير مستقر، لأن رب الأرض متى بذل له قيمته أجبر على أخذها أو قلعه.

والوجه الثاني: أن البيع جائز لأن ما يخاف من زوال ملكه في الثاني لا يمنع من جواز بيعه في الحال كالمبيع إذا استحقت فيه الشفعة.

وهكذا رب الأرض إذا أراد بيعها فإن باعها على مالك الغرس والبناء جاز، وإن باعها على غيره كان على هذين الوجهين.

ولكن لو اجتمع رب الأرض وصاحب الغرس والبناء على البيع جاز وكان الثمن مقسطاً على القيمتين.

فصل: فأما إذا أراد المزارع بيع الأكارة والعمارة فقد قال أبو حنيفة: إن كانت له إثارة جاز له بيعها، وإن لم يكن له إثارة لم يجز لأنه يصير ادخال يد بدلاً من يده بثمن. وقال مالك: يجوز له بيعها في الأحوال كلها ويجعل الأكار شريكاً لرب الأرض بعمارته، وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه لا يجوز بيع العمارة ما لم تكن أعياناً لأن عمارة الأرض تبع لها.

فصل: وإذا دفع الرجل أرضه إلى رجل ليبني فيها ويغرس على أن يكون ذلك بينهما نصفين لم يجز، وكانت الأرض على ملك ربها، والغراس والبناء على ملك ربه، وله اقراره ما بقي. وعليه أجرة المثل، وقال مالك يجوزأن يدفع الرجل أرضه إلى رجل ليغرسها فسيلاً، فإذا صارت الفسيلة على ثلاث سعفان كانت الأرض والنخل بينهما وهذا مذهب يغني ظهور فساده عن إقامة دليل عليه.

فصل: وإذا وقف صاحب الغرس والبناء غرسه وبناءه قائماً صح للوقف ولم يكن لرب الأرض أن يبذل له قيمة ذلك قائماً لأنه وقف لا يصح بيعه، وله أن يأخذ الواقف بقلعه إن بذل له أرش نقصه، فإذا قلعه لزمه أن ينقله إلى أرض أخرى يكون وقفاً فيها جارياً على سبيله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا اكْتَرَى فَاسِداً وَقَبَضَهَا وَلَمْ يَزْرَعْ وَلَمْ يَسْكُنْ حَتَّى انْقَضَتِ السَّنَةُ فَعَلَيْهِ كِرَاءُ المِثْلِ».

قد ذكرنا أن ما قبضه المستأجر عن عقد صحيح فمنافعه مضمونة عليه سواء تصرف فيه أو لم يتصرف، فأما ما قبضه عن عقد فاسد من أرض أو دار فهو أيضاً ضامن لأجرة مثلها سواء سكن وتصرف أو لم يسكن ولم يتصرف.

وقال أبو حنيفة: إن تصرف ضمن الأجرة، وإن لم يتصرف لم يضمنها استدلالاً بأنه عقد لا يستحق فيه التسليم فلم يستحق فيه العوض إلا بالانتفاع، كالنكاح الفاسد طرداً، والصحيح عكساً.

ودليلنا هو أنها منافع يضمنها في العقد الصحيح فوجب أن يضمنها في العقد الفاسد، وإن تصرف، ولأن ما ضمنه من المنافع بالتصرف ضمنها بالتلف على يده من غير تصرف كالعقد الصحيح، ولأن المنافع جارية مجرى الأعيان في المعاوضة والإباحة، ثم ثبت أن ما قبض من الأعيان عن عقد فاسد فهو مضمون عليه، سواء تلف بتصرفه أو غير تصرفه كالعقد

الصحيح وجب أن تكون المنافع إذا تلفت مضمونة في العقد الفاسد كضمانها في العقد الصحيح.

فأما الجواب عن قياسه على النكاح الفاسد، فهو أنه إن كانت المنكوحة حرة فالحرة لم تزل يدها عن نفسها ولا عن بضعها فلذلك لم يضمن مهر بضعها إلا بالتصرف وإن كانت أمة فإنه وإن استقر الغصب على منافعها فهو غير مستقر على بضعها بل يدها عليه أثبت، ولذلك وجب على الغاصب أجرة مثلها، استخدم أو لم يستخدم، ولم يجب عليه مهر مثلها ما لم يستمتع بها، ولذلك منع سيد الأمة من بيعها. إذا غصبت لأن يد الغاصب حائلة، ولم يمنع من تزويجها إذا غصبت، لأنه ليس للغاصب على البضع يد حائلة والله أعلم وأحكم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا اكْتَرَى دَاراً سَنَةً فَغَصَبَهَا رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ كِرَاءٌ لأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ مَا اكْتَرَى».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا غصبت الأرض المستأجرة من يد المستأجر فله الفسخ، وهل تبطل الإجارة بالغصب على قولين:

أصحهما: باطلة، والمستأجر بريء من أجرة مدة الغصب، ولا يكون المستأجر خصماً للغاصب فيها لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيلة، وليس المستأجر مالكاً ولا وكيلاً، فلم يكن خصماً.

والقول الثاني: أن الإجارة لا تبطل، لأن غاصبها ضامن لمنافعها، لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيراً بين المقام والفسخ، فإن فسخ سقطت عنه الأجرة، ولم يكن خصماً للغاصب فيها، وإن أقام فعليه المسمى، ويرجع بأجرة المثل على الغاصب، ويصير خصماً له في الأجرة دون الرقبة، إلا أن يبقى من مدة الإجارة شيء، فيجوز أن يصير خصماً في الرقبة ليستوفي حقه من المنفعة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا اكْتَرَى أَرْضاً مِنْ أَرْضِ العُشْرِ أَوِ الخَرَاجِ فَعَلَيْهِ فِيمَا أَخْرَجَتِ الصَّدَقَةُ خَاطَبَ اللَّهُ تَعَالَى المُؤْمِنِينَ فَقَالَ ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ وَهَذَا مَالُ مُسْلِمٍ وَحَصَادُ مُسْلِمٍ فَالزَّكَاةُ فِيهِ وَاجِبَةٌ».

قال الماوردي: وجملة الأرضين ضربان، أرض عشر، وأرض خراج، فأما أرض العشر فهو ما أحياه المسلمون أو غنموه فاقتسموه، أو أسلموا عليه فملكوه، فالعشر في زرعها واجب إن زرعها مسلم، ولا عشر فيه إن كان الزرع لمشرك.

وقال أبو حنيفة: إذا اشترى الذمي أرض عشر صارت أرض خراج ولا تعود إلى العشر أبداً.

وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: يضاعف عليه العشر ويكون فيئاً، فإن عادت إلى مسلم حولت إلى العشر.

وقال مالك: يجبر الذمي على بيعها، ولا تقر في يده، ولا يؤخذ منه عشر.

وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه أن أرض العشر لا تنتقل إلى الخراج أبداً فإن ملكها ذمي أقرت في يده ولا عشر عليه، وإن ملكها مسلم أخذ منه العشر عن زرعها.

فلو أجرها المالك وزرعها المستأجر كان عشر زرعها واجباً على الزارع المستأجر دون المؤجر المالك.

وقال أبو حنيفة العشر على المؤجر دون المستأجر، لأنه قد عاوض على الأرض فانتقل الحق إليه وهذا خطأ لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام١٤١] ولقوله ﷺ: «فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ الْعُشْرُ».

ولأن من ملك زرعاً التزم عشره إن كان من أهله كالمستعير، ولأن اعتياض المؤجر عن منافع الأرض لا يوجب التزام حقوق الزرع كالنفقة.

فصل: وأما أرض الخراج فضربان خراج يكون جزية، وخراج يكون أجرة، فالخراج الذي يكون جزية هو ما ضربه الأئمة على أرض أهل العهد مع إقرارها على ملكهم فهذه الأرض إن زرعها أهل العهد وجب عليهم الخراج دون العشر، وإن أسلموا أو انتقلت عنهم إلى مسلم وجب العشر في زرعها وسقطت الخراج، فإن استأجرها منه مسلم وجب الخراج عليهم لبقاء ملكهم عليها، ووجب العشر على المسلم لملكه للزرع، وأما الخراج الذي يكون أجرة كأرض السواد التي ضرب عمر رضي الله عنه عليها خراجاً جعله إما ثمناً وإما أجرة على اختلاف الناس فيه فلا يسقط عن رقاب الأرض باسلام أهلها، فإن زرعها مسلم هي بيده لزمه الحقان الخراج عن الرقبة والعشر عن الزرع.

وقال أبو حنيفة: عليه الخراج وحده دون العشر لأن لا يجتمع فيها حقان، وقد دللنا عليه في كتاب الزكاة في إيجاب الحقين معاً بما أغني عن إعادته، ولو كان إسقاط أحد الحقين بالآخر لكان العشر المستحق بالنص أثبت وجوباً من الخراج المضروب عن اجتهاد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي اكْتِرَاءِ دَابَّةٍ إِلَى مَوْضِعٍ أَوْ فِي كِرَائِهَا أَوْ فِي إِجَارَةِ الأَرْضِ تَحَالَفَا فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الرُّكُوبِ وَالزَّرْعِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا وَإِنْ كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ كِرَاءُ المِثْلِ».

قال الماوردي: إذا اختلف المتكاريان في قدر الأجرة أو في قدر المدة أو في قدر المسافة تحالفا كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا، فإن أقام كل واحد منهما ببينته تعارضتا وفيهما قولان:

أحدهما: تسقط البينتان ويتحالفان.

والثاني: يقرع بينهما فأيهما قرعت يحكم بها.

وقال أبو حنيفة: إن اختلفا في قدر المسافة فقال رب الدابة أكتريتها من مكة إلى الكوفة فقال الراكب إلى بغداد فالقول قول رب الدابة مع يمينه، ولو أقاما على ذلك بينة فالبينة بينة الراكب لأنها أزيد، ولو قال رب الدابة اكتريتها بعشرين وقال الراكب بعشرة فالقول قول الراكب، فإن أقاما بينة فالبينة بينة رب الدابة لأنها أزيد.

وهذا مردود باختلاف المتبايعين لأنهما معاً اختلفا في صفة عقد معاوضة فاقتضى أن يستويا في التحالف.

فإذا اختلفا وفسخ العقد بينهما إما بالتحالف أو بالفسخ الواقع بعد التحالف على ما مضى في البيوع نظر فإن لم يمض من المدة شيء ترادا الكراء والمكري، وإن مضت المدة التزم المكتري أجرة المثل واسترجع المسمى، وسواء كانت أجرة المثل أقل مما ادعاه المكري أو أكثر لأنها قيمة متلف.

فصل: وليس لمؤجر الأرض أن يحتبس الأرض على المستأجر على دفع الأجرة، ولا للحمال أن يحبس ما استؤجر على حمله من المتاع ليأخذ الأجرة لأنه في يده أمانة وليس برهن، فأما الصانع المستأجر على عمل من خياطة أو صياغة أو صبغ هل له احتباس ما بيده من العمل على أجرته؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذاك قياساً على ما ذكرنا.

والثاني: له ذاك لأن عمله ملك له كالبائع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ رَبُّ الأَرْضِ بِكِرَاءٍ وَقَالَ المُزَارِعُ عَارِيَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الأَرْضِ مَعَ يَمِينِهِ وَيَقْلَعُ الزَّارِعُ زَرْعَهُ وَعَلَى الزَّارِعِ كِرَاءُ مِثْلِهِ إِلَى يَوْمِ قَلْعِ زَرْعِهِ وَسَوَاءٌ كَانَ فِي إِبَانِ الزَّرْعِ أَوْ غَيْرِهِ(قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا خِلاَفُ قَوْلِهِ فِي كِتَابِ العَارِيَةِ فِي رَاكِبِ الدَّابَّةِ يَقُولُ أَعَرْتَنِيهَا وَيَقُولُ بَلْ أَكْرَيْتُكَهَا إِنَّ القَوْلَ قَوْلُ الرَّاكِبِ مَعَ يَمِينِهِ وَخِلاَفُ قَوْلِهِ فِي الغَسَّالِ يَقُولُ صَاحِبُ الثَّوْبِ بِغَيْرِ أُجْرَةٍ وَيَقُولُ الغَسَّالُ بِأُجْرَةٍ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ وَأَوْلَى بِقَوْلِهِ الَّذِي قَطَعَ بِهِ فِي كِتَابِ المُزَارَعَةِ. وَقَدْ بَيَّنْتُهُ فِي كِتَابِ العَارِيَةِ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في كتاب العارية مستوفاة ولكن نشير إليها لمكان إعادتها، فإذا اختلف رب الأرض وزارعها فقال ربها بأجرة وقال زارعها عارية قال الشافعي رضي الله عنه القول قول رب الأرض دون الزارع وقال في الدابة إذا اختلف ربها والراكب فقال ربها بأجرة وقال راكبها عارية أن القول قول الراكب، دون ربها، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا ينقلون جواب

كل مسألة إلى الأخرى، ويخرجونها على قولين ذكرنا توجيهها. وكان أبو العباس بن سريج يحمل جواب كل واحدة من المسألتين على ظاهرة، ويجعل القول في الدابة قول راكبها دون ربها، وفي الأرض القول قول ربها دون زارعها اعتباراً بالعرف في إعارة الدواب وإجارة الأرضين.

فإذا قيل إن القول قول رب الأرض والدابة فمع يمينه وله أجرة المثل فيما مضى على أصح وجهي أصحابنا، وفي الآخر المسمى، وإذا قيل إن القول قول الزارع والراكب فلا أجرة عليه فيما مضى، وعليه رفع يده في المستقبل، فإن كان له في الأرض زرع فإن امتنع من أجرة المثل في المستقبل قلع، لأن قوله إنما قبل في الماضي دون المستقبل، وإن بذلها أقر زرعه والله أعلم

كتاب إحياء الموات من كتاب وضعه بخطه لا أعلمه سمع منه

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «بِلاَدُ المُسْلِمِينَ شَيْئَانِ عَامِرٌ وَمَوَاتٌ فَالْعَامِرُ لأَهْلِهِ وَكُلُّ مَا صَلُحَ بِهِ العَامِرُ مِنْ طَرِيقٍ وَفِنَاءٍ وَمَسِيلِ مَاءٍ وَغَيْرِهِ فَهُوَ كَالْعَامِرِ فِي أَنْ لاَ يُمْلَكَ عَلَى أَهْلِهِ إِلاَّ بِإِذْنِهِمْ وَالمَوَاتُ شَيْئَانِ مَوَاتٌ مَا قَدْ كَانَ عَامِراً لأَهْلِهِ مَعْرُوفاً فِي الإِسْلاَمِ ثُمَّ ذَهَبَتْ عِمَارَتُهُ فَصَارَ مَوَاتاً فَذَلِكَ كَالعَامِرِ لأَهْلِهِ لاَ يُمْلَكُ إِلاَّ بِإِذْنِهِمْ. وَالمَوَاتُ الثَّانِي مَا لاَ يَمْلِكُهُ أَحَدٌ فِي الإِسْلاَمِ يُعْرَفُ وَلاَ عِمَارَةَ مَلِكٍ فِي الجَاهِلِيَّةِ إِذَا لَمْ يُمْلَكْ فَذَلِكَ المَوَاتُ الَّذِي قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «مَنْ أَحْيَا مَوَاتاً فَهُوَ لَهُ».

قال الماوردي: والأصل في جواز إحياء الموات وحصول الملك بالإحياء رواية هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق[1].

وروى وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال من أحياء أرضاً ميتة فيها أجر وما أكلت العوافي منها فهو له صدقة[2] والعوافي: جمع عاف وهو طالب الفضل.

وروى نافع عن ابن عمر عن ابن أبي مليكة عن عروة قال: أشهد أن رسول الله ﷺ قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله ومن أحيا مواتاً فهو أحق به جاءنا بهذا عن النبي ﷺ ألذين جاءوا بالصلوات عنه[3].

وروى شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي» له[4].

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣/٣٥٦ والدارمي ٢/٢٦٧ والترمذي ٣/٦٦٣ في الأحكام حديث (١٣٧٩) والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٢/٣٨٧ والهيثمي في الموارد ص ٢٧٨ حديث (١١٣٩) والبيهقي ٦/١٤٨.

(٣) أظن أن هذا الإسناد مقلوب. والحديث عند الطيالسي في المسند (١٤٤٠) والدارقطني (٥١٧).

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٥/٢١ وأبو داود ٣/٤٥٦ في الخراج والإمارة حديث (٣٠٧٧) والطيالسي في المسند ص ١٢٢ حديث (٩٠٦) والبيهقي ٦/١٤٢.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني»[1].

وروى الشافعي عن سفيان عن طاوس عن النبي ﷺ أنه قال: «عمارات الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم فيء»[2] ولأن ما لم يجر عليه ملك نوعان: أرض، وحيوان، فلما ملك الحيوان إذا ظهر عليه بالاصطياد ملك موات الأرض إذا ظهر عليه بالإحياء.

فصل: فإذا تقرر جواز الإحياء قال الشافعي: بلاد المسلمين شيئان.

عامر، وموات، وإنما خص الشافعي بلاد المسلمين بما ذكره من قسمي العامر والموات وإن كانت بلاد الشرك قسمين: عامر، وموات لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليه إلا بإذنهم وعامر بلاد الشرك قد يملك عليهم قهراً وغلبة بغير إذنهم وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر من بلاد المسلمين، ثم بمواتهم أما العامر فلأهله الذين قد ملكوا بأحد أسباب التمليك وهي ثمانية:

أحدها: الميراث.

والثاني: المعاوضات.

والثالث: الهبات.

والرابع: الوصايا.

والخامس: الوقف.

والسادس: الصدقات.

والسابع: الغنيمة.

والثامن: الإحياء.

فإذا ملك عامراً من بلاد الإسلام بأحد هذه الأسباب الثمانية صار مالكاً له ولحريمه ومرافقه من فناء وطريق ومسيل ماء وغير ذلك من مرافق العامر التي لا يستغني العامر عنها، فلا يجوز أن يملك ذلك على أهل العامر بإحياء ولا غيره فمن أحياه لم يملكه وقال داود بن علي: حريم العامر كسائر الموات من أحياه فقد ملكه استدلالاً بقوله ﷺ من أحيا أرضاً مواتاً فهي له وهذا خطأ، لما روي عن النبي ﷺ قال: لا حمى إلا في ثلاث: ثلة البئر، وطول الفرس، وحلقة القوم[3].

---

(١) أخرجه أبو يوسف في الخراج ص ٦٥ ويحيى بن آدم في الخراج ص ٨٦ حديث (٢٧٠) والشافعي في الأم ٤/ ٤٥ في كتاب الهبة باب عمارة ما ليس معموراً والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٤٣ وفي المسند مرسلاً ٢/ ١٣٣ في الجهاد باب في إحياء الموات حديث (٤٣٨).

(٢) أخرجه الشافعي في المسند عن ابن طاوس وليس عن طاوس ٢/ ١٣٣ والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٤٣ وهو عن ابن عدي في الكامل عن طاوس ٢/ ٢٣٢ والطبراني في الكبير ١١/ ٢٨ والبيهقي ٦/ ١٤٣ وأخرجه يحيى بن أدم في الخراج ص ٨٥ عن طاوس عن ابن عباس موقوفاً عليه.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ٣٧٥ والبيهقي ٦/ ١٥١ وقال هذا مرسل.

وثلة البئر: هو ملقى طينها وطول الفرس وهو ما انتهى الفرس إليه بحبله الذي قد ربط به وحلقة القوم فإنه نهى منه عن الجلوس وسط الحلقة، ولأن حريم العامر قد كان على عهد رسول الله ﷺ ثم على عهد خلفاءه مقراً على أهله لم يتعرض أحد لإحياءه مع ما انتهوا إليه عند كثرتهم من ضيق العامر بهم، ولأنه لو جاز إحياء حريم العامر ومنع أهله منه بالإحياء ليبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به، لأنه يقضي إلى أن يبني الرجل داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله وما أدى إلى هذا من الضرر كان ممنوعاً منه، وليس الحريم مواتاً فيصح استدلال داود عليه.

فصل: وأما الموات فضربان:

أحدهما: ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يعمر قط فهذا هو الموات الذي قال فيه رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» فمن أحياه من المسلمين فقد ملكه وإن أحياه ذمي لم يملكه.

وقال أبو حنيفة: يملكه الذمي بالإحياء كالمسلم استدلالاً بعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» ولأنها أعيان مباحة فجاز أن يستوي في تملكها المسلم والذمي كالصيد، والحطب؛ ولأن من صح أن يملك بالاصطياد والاحتطاب صح أن يملك بالإحياء كالمسلم؛ ولأنه سبب من أسباب التمليك فوجب أن يستوي فيه المسلم والذمي كالبيع.

ودليلنا: قوله ﷺ: «الأرض لله ورسوله ثم هي لكم» فواجه المسلمين بخطابه وأضاف ملك الموات إليهم فدل على اختصاص الحكم بهم.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»[1] إشارة إلى إجلائهم حتى أجلاهم عمر رضي الله عنه من الحجاز فلما أمر بإزالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستبيحوا أملاكاً محدثة؛ لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث، فإذا لم يكن لهم الأقوى فالأضعف أولى؛ ولأن من لم يقر في دار الإسلام إلا بجزية منع من الإحياء كالمعاهد، ولأن كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية.

أصله: نكاح المسلمة؛ ولأنه نوع تمليك ينافيه كفر الحربي فوجب أن ينافيه كفر الذمي كالإرث من مسلم.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» فهو أن هذا الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك.

وقوله: «ثم هي لكم مني» وارد في بيان من يقع له الملك فصار المعنى في كل واحد

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في المصنف (١٩٣٥٩) والبيهقي ٢٠٨/٩ وانظر تلخيص الحبير ١٢٤/٤ ونصب الراية ٤٥٤/٣.

منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه فصار الخبران في التقدير كقوله: «من أحيا أرضاً مواتاً من المسلمين فهي له».

وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أنه منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذمي فيها مع كونها أعياناً مباحة ثم لو سلم من النقص لكان المعنى في الصيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر وليس كذلك الإحياء. ولذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وإن منع من الإحياء فكان المعنى الذي فرقوا به في المعاهد بين إحياءه واصطياده هو فرقنا في الذمي بين إحيائه واصطياده وهو الجواب عن قياسهم الثاني، ويكون المعنى في المسلم فضيلته بدينه واستقراره في دار الإسلام بغير جزية مباينة لصغار الذمة فاستعلى على من خالف الملة.

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو أنه منتقض بالزكاة؛ لأنها سبب من أسباب التمليك الذي يختص بها المسلم دون الذمي، ثم المعنى في البيع أنه لما جاز أن يملك به المعاهد جاز أن يملك به الذمي ولما لم يجز في الإحياء أن يملك به المعاهد لم يملك به الذمي.

فصل: والضرب الثاني من الموات: ما كان عامراً ثم خرب فصار بالخراب مواتاً فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون جاهلياً لم يعمر في الإسلام فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد خرب قبل الإسلام حتى صار مواتاً مندرساً كأرض عاد وتُبع فهذا كالذي لم يزل مواتاً يملكه من أحياه من المسلمين لقوله ﷺ «الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني».

والضرب الثاني: ما كان باقي العمارة إلى وقت الإسلام ثم خرب وصار مواتاً قبل أن يصير من بلاد الإسلام فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليه فهذا يملك بالإحياء كالذي لم يزل مواتاً.

والقسم الثاني: أن يتمسكوا به إلى حين القدرة عليه فهذا يكون في حكم عامرهم لا يملك بالإحياء.

والقسم الثالث: أن يجهل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم عنه قبل القدرة عليه أم لا؟ ففي جواز تملكه بالإحياء وجهان كالذي جهل حاله.

فصل: والضرب الثاني: في الأصل ما كان عامراً من بلاد الإسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته، واندرست آثاره فصار مواتاً، فقد اختلف الفقهاء في جواز تملكه بالإحياء على ثلاثة مذاهب: فمذهب الشافعي منها: أنه لا يجوز أن يملك بالإحياء، سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا.

وقال مالك: يصير كالموات الجاهلي يملكه من أحياه سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا.

وقال أبو حنيفة: إن عرف أربابه فهو على ملكهم لا يملك بالإحياء، وإن لم يعرفوا ملك بالإحياء؛ استدلالاً بعموم قوله ﷺ من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، وحقيقة الموات: ما صار بعد الإحياء مواتاً، وما لم يزل مواتاً فإنما يسمى مجازاً، قالوا: ولأن ما صار مواتاً من العامر زال عن حكم العامر كالجاهلي، ولأنه موات فجاز إحياؤه كسائر الموات؛ ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» وهذا مال مسلم.

وروى عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد فهو أحق بها فجعل زوال الملك عن الموات شرطاً في جواز ملكه بالإحياء فدل على أن ما جرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالإحياء، وروى اسمر بن مضرس قال: قال رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له مال» فخرج الناس تبعاً يتخاطون، وهذا نص، ولأنها أرض استقر عليها ملك مسلم فلم يجز أن تملك بالإحياء كالذي بقيت آثارها مع مالك، وكالذي تعين أربابها مع أبي حنيفة، ولأن ما صار مواتاً من عامر المسلمين لم يجز أن يملك بالإحياء كالأوقاف والمساجد.

وأما استدلالهم بقوله ﷺ: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له فهو دليل عليهم، لأن الأول قد أحياها فوجب أن يكون أحق بها مى الناس لأمرين:

أحدهما: أنه أسبق.

والثاني: أن ملكه قد ثبت باتفاق.

وأما الجواب عن قياسهم على الجاهلي وعلى الذي لم ينزل مواتاً فالمعنى فيهما أنهما لم يجر عليهما ملك مسلم.

فصل: فإذا تقرر أن إحياؤه لا يجوز فإن عرف أربابه فهم أحق به ولهم بيعه إن شاءوا، وإن لم يعرف أربابه فقد اختلف أصحابنا هل يجوز للإمام أن يعطيه من يعمره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لاستقرار الملك عليه.

والوجه الثاني: لا يجوز إذا رأى ذلك صلاحاً، لقيامه بالنظر العام، وهذان الوجهان حكاهما أبو القاسم بن كج.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَعَطِيَّتُهُ ﷺ عَامَّةً لِمَنْ أَحْيَا المَوَاتَ أَثْبَتُ مِنْ عَطِيَّةِ مَنْ بَعْدَهُ مِنْ سُلْطَانٍ وَغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

الموات يملك بإحيائه من غير إذن الإمام وإقطاعه وبه قال أبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: من أحيا مواتاً بغير إذن الإمام لم يملكه وانتزعه من يده.

وقال مالك: إن كان للأرض ثمن ويشاع الناس عليها ويتنافسون فيها لم يجز إحياؤها إلا بإذن الإمام، وإن كانت مهملة جاز إحياؤها بغير إذنه، واستدل من منع من إحياؤها بغير إذنه، واستدل من منع من إحيائها بغير إذن الإمام بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه، ولأن ما ثبت أصوله من المباحات لم يملك بغير إذن الإمام كالمعادن، ولأن وجوه المصالح إذا كان اجتهاد للإمام فيها يقطع الاختلاف والتنازع فيها كان إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكها قياساً على بيت المال، ودليلنا قوله ﷺ: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، فكان على عمومه فيما كان بإذن الإمام وبغير إذنه، ولأن ما يبتدىء المسلم بملكه لا يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد، ولأن كل ما لا يفتقر بملك الصيد إليه لم يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد، ولأن كل ما لا يفتقر بملك الصيد إليه لم يفتقر الإحياء له كإذن غير الإمام، ولأن كل ما لا ينحصر على الإمام الإذن فيه لم يفتقر الإحياء له كإذن غير الإمام، ولأن كل ما لا ينحصر على الإمام الإذن فيه لم يفتقر تملكه إلى إذنه كالماء والحطب، ولأن كل مال لم يملكه مسلم لم يفتقر المسلم في تملكه إلى إذن الإمام كالغنائم، ولأنه نوع تمليك فلم يفتقر إلى إذن الإمام كالبيع والهبة، ولأن الإذن في التمليك إنما يستفاد به رفع الحجر عن المتملك والموات مرفوع الحجر عنه فلم يفده الإذن صحة التمليك، فأما الجواب عن قوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» فمن وجهين:

أحدهما: ما أجاب به الشافعي من أن رسول الله ﷺ وهو إمامنا وإمام الأئمة قد طابت نفسه لنا بذلك، لقوله ﷺ: «موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني».

والثاني: أنه عام في أموال الفيء وأنواع الغنائم وسائر المصالح فخص الموات منه، بقوله ﷺ: «من أحيا أرضاً موات فهي له»، وأما الجواب عن قياسه على المعادن فهو أن المعادن أموال في الحال يتوصل إلى أخذها بالعمل فصارت كأموال بيت المال وليس كذلك الموات، لأنه ليس بمال ولو جاز أن يستويا في كونهما مالاً، لأن الموات قد يصير مالاً لكان المعنى في أموال البيت المال أن إذن الإمام فيها محصور، وفي الموات غير محصور، فإذا ثبت أن الموات يجوز بإذن الإمام وبغير إذنه فكل مسلم أحياه من رجل أو امرأة أو صبي أو مجنون فقد ملكه وملك حريمه الذي لا يستغني عنه، فإن خرب بعد إحيائه حتى صار مواتاً لم يزل عنه ملك مالكه.

وقال مالك: قد زال ملكه بزوال العمارة فإن أحياها غيره كان أحق بها وقد مضى الكلام معه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «سَوَاءٌ كَانَ إِلَى جَنْبِ قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ أَوْ حَيْثُ كَانَ وَقَدْ أَقْطَعَ النَّبِيُّ ﷺ الدُّورَ فَقَالَ حَيٌّ مِنْ بَنِي زُهْرَةَ يُقَالُ لَهُمْ بَنُو عَبْدِ بْنِ زُهْرَةَ نَكِّبْ عَنَّا ابن أُمِّ عَبْدٍ فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «فَلِمَ ابْتَعَثَنِي اللَّهُ إِذَنْ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُقَدِّسُ أُمَّةً لَا يُؤْخَذُ

فِيهِمْ لِلضَّعِيفِ حَقُّهُ» وَفِي ذَلِكَ دِلَالَةٌ عَلَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِالمَدِينَةِ بَيْنَ ظَهْرَانَيْ عِمَارَةِ الأَنْصَارِ مِنَ المَنَازِلِ وَالنَّخْلِ وَإِنَّ ذَلِكَ لأَهْلِ العَامِرِ وَدَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ مَا قَارَبَ العَامِرَ يَكُونُ مِنْهُ مَوَاتٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح هذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: في حد الموات إذا اتصل بعامر.

والثاني: هل يستوي فيه جميع الناس أو يختص به أهل العامر، فأما الفصل الأول في حد الموت فقد اختلف الفقهاء فيه فمذهب الشافعي: أن الموات كله ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر سواء قرب من العامر أو بعد، وقال أبو حنيفة: الموات هو كل أرض لا يبلغها الماء وتبعد من العامر وليس عليها ملك لأحد، وقال أبو يوسف: أرض الموات كل أرض إذا وقف على أدناها من العامر ينادي بأعلى صوته لم يسمعه أقرب الناس إليها في العامر، استدلالاً بما رواه عن أبي بكر بن محمد عن جابر أن النبي ﷺ قال: من أحيا أرضاً دعوة من المصر أو قال فيه من المصر فهي له.

ودليلنا: أن النبي ﷺ اقتطع بين ظهراني عمارةالأنصار ولأن البلاد المحياة علىعهد رسول الله ﷺ ثم على عهد خلفاءه متصلة العمارة متلاصقة الجذور ولو كان على ما قالوه لوجب أن يفصل بين كل عمارتين بما ذكروه من التحديد، وما استدل به من حديث جابر فهو دليل عليه، لأن فحواه أن ما قرب من المصر جاز إحياؤه.

فصل: وأما الفصل الثاني من الموات إذا قرب من العامر فإن الناس كلهم يتساوون في إحيائه ولا يكون أهل العامر أحق به، وقال مالك: أهل العامر أحق بإحيائه من غيرهم، والدلالة عليه عموم قوله ﷺ: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له ولأن النبي ﷺ قد اقتطع بين ظهراني عمارة الأنصار لابن مسعود واقتطع المدينة وهو متصل بها، وأقطع للزبير بالبقيع رقض فرسه، وروى علقمة بن نضلة أن أبا سفيان بن حرب قام بفناء داره فضرب برجله وقال لي سنام الأرض أن لها سناماً زعم،ابن فرقد الاسلمي أني لا أعرف حقي من حقه، لي بياض المروة وله سوادها، ولي ما بين كذا إلى كذا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: ليس لأحد إلا ما أحاطت به جدرانه ولا يملك إلا ما حفر أو زرع، ولأن ما لم يملك أهل العامر لم يكن لهم المنع من إحيائه قياساً على البعيد من عامره.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالمَوَاتُ الَّذِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهُ مَنْ يُعمِرُهُ خَاصَّةً وَأَنْ يَحْمِيَ مِنْهُ مَا يَرَى أَنْ يَحْمِيَهُ عَامًّا لِمَنَافِعِ المُسْلِمِينَ وَالَّذِي عَرَفْنَا نَصًّا وَدَلَالَةً

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند من رواية يحيى بن جعدة ١٣٣/٢ في الجهاد حديث (٤٣٥) والبيهقي ١٤٥/٦ والطبراني في الكبير ٢٧٤/١١ وقال ابن حجر في التلخيص ٦٣/٣ مرسل.

فِيمَا حَمَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّـهُ حَمَى النَّقِيعَ وَهُـوَ بَلَدٌ لَيْسَ بِالْـوَاسِعِ الَّـذِي إِذَا حُمِيَ ضَـاقَتِ البِلَادُ عَلَى أَهْلِ المَوَاشِي حَوْلَهُ وَأَضَرَّ بِهِمْ وَكَانُوا يَجِدُونَ فِيمَا سِـوَاهُ مِنَ البِلَادِ سَعَـةً لأَنْفُسِهِمْ وَمَوَاشِيهِمْ وَأَنَّهُ قَلِيـلٌ مِنْ كَثِيرٍ مُجَاوِزٍ لِلْقَدْرِ وَفِيـهِ صَلَاحٌ لِعَـامَّةِ المُسْلِمِينَ بِـأَنْ تَكُونَ الخَيْـلُ المُعَدَّةُ لِسَبِيلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَمَا فَضَلَ مِنْ سُهْمَـانِ أَهْلِ الصَّـدَقَاتِ وَمَـا فَضَلَ مِنَ النَّعَمِ الَّتِي تُؤْخَذُ مِنَ الجِزْيَةِ تُرْعَى جَمِيعُهَا فِيهِ فَـأَمَّا الخَيْـلُ فَقُوَّةٌ لِجَمِيـعِ المُسْلِمِينَ وَمَسْلَكُ سَبِيلِهَا أَنَّهَا لأَهْلِ الفَيْءِ وَالمُجَاهِدِينَ وَأَمَّا النَّعَمُ الَّتِي تَفْضُلُ عَنْ سُهْمَانِ أَهْلِ االصَّـدَقَاتِ فَيُعَـادُ بِهَا عَلَى أَهْلِهَا وَأَمَّا نَعَمُ الجِزْيَةِ فَقُوَّةٌ لأَهْلِ الفَيْءِ مِنَ المُسْلِمِينَ فَلَا يَبْقَى مُسلِمٌ إِلاَّ دَخَلَ عَلَيْهِ مِنْ هَـذَا خَصْلَةُ صَـلَاحٍ فِي دِينِـهِ أَوْ نَفْسِـهِ أَوْ مَنْ يَلْزَمُـهُ أَمْـرُهُ مِنْ قَـرِيبٍ أَوْ عَـامَّـةٍ مِنْ مُسْتَحِقِّي المُسْلِمِينَ فَكَـانَ مَا حَمَى عَنْ خَـاصَّتِهِمْ أَعْظَمَ مَنْفَعَـةً لِعَامَّتِهِمْ مِنْ أَهْـلِ دِينِهِمْ وَقُوَّةً عَلَى مَنْ خَـالَفَ دِينَ اللَّهِ عَزَّ وَجَـلَّ مِنْ عَدُوِّهِمْ قَـدْ حَمَى عُمَرُ بْنُ الخَـطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى هَـذَا المَعْنَى بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَوَلَّى عَلَيْـهِ مَوْلًى لَـهُ يُقَالُ لَـهُ هنى وَقَالَ لَـهُ يَا هنى ضُمَّ جَنَـاحَكَ لِلنَّاسِ وَاتَّقِ دَعْوَةَ المَـظْلُومِ فَإِنَّ دَعْـوَةَ المَظْلُومِ مُجَـابَةٌ وَأَدْخِـلْ رَبَّ الصَّرِيمَـةِ وَرَبَّ الغُنَيْمَةِ وَإِيَّايَ وَنَعَمَ ابْنِ عَفَّانَ وَنَعَمَ ابْنِ عَـوْفٍ فَإِنَّهُمَـا إِنْ تَهْلِكْ مَاشِيَتُهُمَـا يَرْجِعَـانِ إِلَى نَخْلٍ وَزَرْعٍ وَإِنَّ رَبَّ الغُنَيْمَةِ يَأْتِينِي بِعِيَالِهِ فَيَقُولُ يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِين يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ أَفَتَارِكُهُمْ أَنَا؟ لَا أَبَا لَـكَ وَالْكَـلَا أَهْوَنُ مِنَ الـدِّرْهَمِ وَالدِّينَـارِ(قال الشـافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَيْسَ لِـلإِمَـامِ أَنْ يَحْمِيَ مِنَ الأَرْضِ إِلَّا أَقَلَّهَا الَّذِي لَا يَتَبَيَّنُ ضَرَرُهُ عَلَى مَنْ حَمَاهُ عَلَيْهِ وَقَالَ رَسُـولُ اللَّهِ ﷺ «لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ» (قَالَ) وَكَانَ الرَّجُلُ العَزِيزُ مِنَ العَـرَبِ إِذَا انْتَجَعَ بَلَداً مُخْصِباً أَوْفَى بِكَلْبٍ عَلَى جَبَلٍ إِنْ كَانَ بِهِ أَوْ نَشَزٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ اسْتَعْوَى كَلْباً وَأَوْقَفَ لَهُ مَنْ يَسْمَعُ مُنْتَهَى صَوْتِهِ بِـالعُوَاءِ فَحَيْثُ انْتَهَى صَوْتُهُ حَمَاهُ مِنْ كُلِّ نَاحِيَةٍ لِنَفْسِهِ وَيَرْعَى مَعَ العَامَّةِ فِيمَا سِوَاهُ وَيَمْنَعُ هَذَا مِنْ غَيْرِهِ لِضَعْفِي مَاشِيَتِهِ وَمَا أَرَادَ مَعَهَا فَنَرَى أَنَّ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ» لَا حِمَى عَلَى هَذَا المَعْنَى الخاص وَأَنَّ قَوْلَهُ لِلَّهِ فَلِلَّهِ كُلُّ مَحْمِيٍّ وَغَيْرُهُ وَرَسُولِهِ ﷺ إِنَّمَا يَحْمِي لِصَلَاحِ عَامَّةِ المُسْلِمِينَ لَا لِمَا يَحْمِي لَهُ غَيْـرُهُ مِنْ خَاصَّـةِ نَفْسِهِ وَذَلِـكَ أَنَّهُ ﷺ لَمْ يَمْلِكْ مَـالاً إِلَّا مَا لَا غِنَى بِهِ وَبِعِيَالِهِ عَنْهُ وَمَصْلَحَتِهِمْ حَتَّى صَيَّـرَ مَا مَلَّكَـهُ اللَّهُ مِنْ خُمُسِ الخُمُسِ وَمَالِـهِ إِذَا حَبَسَ قُوتَ سَنَتِهِ مَرْدُوداً فِي مَصْلَحَتِهِمْ فِي الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ عُدَّةً فِي سَبِيـلِ اللَّهِ ولأَنَّ نَفْسَهُ وَمَـالَهُ كَانَ مُفَرَّغاً لِطَاعَةِ اللَّهِ تَعَالَى».

قال الماوردي: اعلم أن هذا الباب يشتمل على ثلاثة أحكام يختص بـالموات، وهي الإحياء، والإقطاع، والحمى، فأما الإحياء فقد ذكرنا جـوازه ومن يجوز لـه وسنذكـر صفته، وأمـا الإقطاع فـإنه لا يصـح إلا في مـوات لم يستقـر عليـه ملك، وعلى هـذا كـانت قـطائع

النبي ﷺ حين أقطع الزبير ركض فرسه من موات البقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة في الزيادة فقال اعطوه منتهى سوطه وأقطع راشد بن عبد ربه السلمي غلوة بسهم، وغلوة حجر برهاط، وأقطع العداء بن خالد بن هوذة ما يقال له سواح الوخيخ، وأقطع العباس بن مرداس منزله بالرشة إلى غير ذلك، فعلى هذا كانت قطائع رسول الله ﷺ إلا ما كان من شأن تميم الداري وأبي ثعلبة الخشني، فإن تميماً سأل النبي ﷺ أن يقطعه عيون البلد الذي كان منه بالشام قبل فتحه، وأبو ثعلبة سأل النبي ﷺ أن يقطعه أرضاً كانت بيد الروم فأعجبه الذي قال فقال: ألا تسمعون ما يقول فقال: والذي بعثك بالحق ليفتحن عليك، فكتبت له كتاباً فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك إقطاعاً تقيد لا إقطاع تمليك، ويجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق إخبار وتحقيق إعجاز، وأما الأئمة بعد رسول الله ﷺ فإن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لم يقطعا إلا مواتاً لم يجر عليه ملك واصطفى عمر من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وما هرب عنه أربابه أو هلكوا فكان مبلغ تسعة ألف ألف فكان يصرفها في مصالح المسلمين ولم يقطع شيئاً ثم إن عثمان رضي الله عنه أقطعها، لأنه رأى اقتطاعها أوفر لغلتها من تعطيلها، وشرط على من أقطعها أن يأخذ منه حق الفيء فكان ذلك منه إقطاع إجازة لا إقطاع تمليك وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف فكانت منها إقطاعاً به وصلاته ثم تناقلها الخلفاء بعده فلما كان عام الجماجم سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الأشعث لحرق الديوان وأخذ كل قوم ما يليهم، وإذا كان إقطاع الإمام إنما يختص بالموات دون العامر فالذي يؤثره إقطاع الإمام أن يكون المقطع أولى الناس بإحيائه من لم يسبق إلى إحيائه لما كان إذنه وفضل اجتهاده، فلو بادر بإحيائها غير المقتطع فهي ملك للمحيي دون المقطع، وقال أبو حنيفة: إن أحياها قبل مضي ثلاث سنين من وقت الإقطاع فهي للمقطع، وإن أحياها بعد ثلاث سنين فهي للمحيي، وقال مالك بن أنس: إن أحياها عالماً بالإقطاع فهي للمقطع، وإن أحياها غير عالم بالإقطاع خير المقطع بين أن يعطي المحيي نفقة عمارته وتكون الأرض له وبين أن يترك عليه الأرض ويأخذ قيمتها قبل العمارة، استدلالاً برواية معمر عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ أقطع أقواها أرضاً فجاء آخرون في زمان عمر رضي الله عنه فأحيوها فقال لهم عمر رضي الله عنه حين فرغوا إليه تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم؟ لولا أنها قطيعة رسول الله ﷺ ما أعطيتكم شيئاً، ثم قومها عامرة وقومها غير عامرة ثم قال لأهل الأصل: إن شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم، وإن شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هي لهم، ودليلنا على أنها ملك المحيي بكل حال دون المقطع قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له»، ولأن الإقطاع لا يوجب التمليك والإحياء يوجب التمليك فإذا اجتمعا كان ما أوجب التمليك أقوى حكماً مما لا يوجبه، فأما حديث عمر رضي الله عنه فقد قال في قضيته: لولا أنها قطيعة رسول الله ﷺ ما أعطيتكم شيئاً فدل على أن من رأيه أنها للمحيي وإنما عدل عن هذا الرأي لما توجه إليها من إقطاع رسول الله ﷺ فكره أن يبطله، فاستنزل الخصمين إلى ما قضى به مرضاةً لا جبراً، فأما إن كان المقطع قد حجرها وجمع ترابها حتى تميزت عن غيرها فجاء

غيره فعمرها وحرثها نظر فإن كان المقطع مقيماً على عمارتها حتى تغلب عليها الثاني فعمرها فهي للأول ويكون الثاني متطوعاً بعمارته، وإن كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثاني فهي للثاني دون الأول، وهكذا لو كان الأول قد بدأ بالعمل من غير إقطاع، فهذا حكم الإقطاع.

فصل: وأما الحمى فهو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلأ فترعاه المواشي، لأن الحمى في كلامهم هو المنع، ولذلك قال النبي ﷺ: جنب المؤمن حمى[1]، والحمى على ثلاثة أضرب ضرب حماة رسول الله ﷺ، وضرب حماة الإمام بعده، وضرب حماة غيره من عوام المسلمين.

فأما رسول الله ﷺ فقد روي أنه وقف على جبل بالبقيع يقال له يعمل فصلى عليه ثم قال: هذا حماي وأشار بيده إلى البقاع، وهو قدر ميل في ستة أميال ما بين يعمل إلى ثلثين فحماه لخيل المسلمين والمهاجرين، ولأن اجتهاد رسول الله ﷺ في أمته أمضى وقضائه فيهم أنفذ، وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مقرا من إحيائهم وعمارتهم.

فصل: وأما حمى الإمام بعده فإن أراد الحمى لنفسه أو لأهله أو للأغنياء خصوصاً لم يجز وكان ما حماه مباحاً لمن أحياه، وإن أراد أن يحمي لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشي الفقراء نظر فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين وأغنيائهم لضيق الكلأ عليهم بحمى أكثر مواتهم لم يجز وإن كان لا يضر بهم لأنه قليل من كثير يكتفي المسلمون بما بقي من مواتهم ففيه قولان.

أحدهما: لا يجوز أن يحمي، لرواية مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: المسلمون شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ وثمنه حرام[2].

روى عبيد الله بن عبد الله بن عباس عن الصعب بن جثامة أن رسول الله ﷺ حمى البقيع وقال: لا حمى إلا لله ولرسوله[3].

والقول الثاني: يجوز له أن يحمي، لما فيه من صلاح المسلمين، ولما روي أن أبا بكر رضي الله عنه حمى بالربذة لإبل الصدقة واستعمل عليه مولاه أبو أسامة وتولاه عليه قرط بن مالك، وحمى عمر بن الخطاب رضي الله عنه الشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر رضي الله عنه بالربذة وولى عليه مولى له يقال له هني وقال ياهني اضم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة، وادخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياك ونعم ابن عفان ونعم ابن عوف فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى نخل وزرع وإن رب

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن ماجة ٢/٢٨٦ في الرهون حديث (٢٤٧٢) وذكره الحافظ في التلخيص ٣/٦٥ وعزاه لابن السكن ٣/٦٥.

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٧٠ و ٣٠١٢).

الصريمة والغنيمة يأتيني بعياله فيقول يا أمير المؤمنين: يا أمير المؤمنين: أتاركهم أنا؟ لا أباً لك فالكلأ أهون عليَّ من الدينار والدرهم وايم الله نودي أني قد طلحتهم إنما أكلأهم والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً.

فأما قوله: «المسلمون شركاء في ثلاث» فهو عام خص منه الحمى على أن الحمى يشرك فيه المسلمون، لأن نفع الحمى يعود على كافتهم من الفقراء والأغنياء، أما الفقراء فلأنه مرعى صدقاتهم، وأما الأغنياء فلخيل المجاهدين عنهم، وأما قوله لا حمى إلا الله فمعناه لا حمى إلا أن يقصد به وجه الله كما فعل رسول الله ﷺ فيسلم فيما حماه للفقراء المسلمون وفي مصالحهم وخالف فيه فعل الجاهلية فإن العربي في الجاهلية كان إذا استولى على بلد أوفى بكلب فجعله على جبل أو على شيء من الأرض واستعواه فحيث انتهى عواه حماه لنفسه فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه، وهكذا كان كليب بن وائل إذا أعجبته روضة ألقى فيها كلباً وحمى إلى منتهى عوائه، وفيه يقول معبد بن شعبة الضبي كفعل كليب كنت أنبئت أنه مخطط أكلأ المياه ويمنع وقال العباس بن مرداس كما بغيها كليب لظلمة من العز حتى ضاع وهو قتلها على وائل أن يترك الكلب هائجاً وإذ يمنع الإكلأ منها حولها.

فصل: وأما حمى الواحد من عوام المسلمين فمحظور وحماه مباح، لأنه إن حمى لنفسه فقد تحكم وتعدى بمنعه، وإن حماه للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم ولا فيمن يؤثر اجتهاده لهم، وقد روى أبو هانئ عن أبي سعيد عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تمانعوا فضل الماء ولا فضل الكلأ[1]فيعزل الماء ويجوع العيال» فلو أن رجلاً من عوام المسلمين حمى مواتاً ومنع الناس منه زماناً رعاه وحده ثم ظهر الإمام عليه ورفع يده عنه ولم يغرم ما رعاه، لأنه ليس لمالك ولا يعزره لأنه أحد مستحقيه ونهاه عن مثل تعديه، فأما أمير البلد ووالي الإقليم إذا رأى أن يحمي لمصالح المسلمين كالإمام فليس له ذلك إلا بإذن الإمام، لأن اجتهاد الإمام أعم، ولكن لو أن والي الصدقات اجتمعت معه مواشي الصدقة وقل المرعى لها وخاف عليها التلف إن لم يحمي الموات لها فإن منع الإمام من الحمى كان والي الصدقات أولى، وإن جوز الإمام الحمى ففي جوازه لوالي الصدقات عندما ذكرنا من حدوث الضرورة به وجهان:

أحدهما: يجوز كما يجوز من غير الضرورة فعلى هذا يتعزر الحمى بزمان الضرورة ولا يستديم بخلاف حمى الإمام.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يحمي، لأنه ليس له أن يرفع الضرر عن أموال الفقراء

---

(١) أخرجه البخاري حديث (٣٥٠٩).

بإدخال الضرر على الأغنياء ويكون الضرر إن كان بالفريقين معاً، وهذا أصح الوجهين والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ وَلاَ يَأْخُذَ مِنَ الَّذِي حَمَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَإِنْ أُعْطِيَهُ فَعَمَّرَهُ نُقِضَتْ عِمَارَتُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح أما حمى رسول الله ﷺ فلا يجوز أن يمكن أحد من إحيائه، فإن أحياه إنسان لم يخل حال السبب الذي حماه من أجله من مواشي الفقراء ونعم بعلاقات من أن يكون باقياً أو زائلاً، فإن كان السبب باقياً والحاجة إليه ماسة فأحياؤه مردود وعمارته منقوضة وهو على ما حياه بمنع الناس كلهم من أحيائه، لأن حكم رسول الله ﷺ لا يجوز أن يتعقب بنقض، ولا أن يعترض عليه بإبطال، وإن كان السبب زائلاً وحاجة الفقراء إليه قد ارتفعت ونعم الصدقات قد تحولت ففي جواز إحيائه وإقرار عمارته وجهان:

أحدهما: هو قول أبي حامد الإسفراييني: يجوز، لأن السبب يقتضي زوال المسبب، لأن ما وجب لعلة زال بزوالها.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: لا يجوز إحياؤه وإن زال سببه، لأنه قد يجوز أن يعود السبب بعد زواله كما أن ما خرب من المساجد بخراب بقاعها لا يجوز بيعه لجواز أن تعود عمارة البقعة فيحتاج إلى مساجدها، ولأن في إحيائه نقض لحكم رسول الله ﷺ فأما حمى الأئمة فإن قيل إنه لا يجوز فإحياؤه جائز، وإن قيل إن حمى الإمام جائز كحمى رسول الله ﷺ فهل يجوز إحياؤه وتمليك محييه فيه قولان:

أحدهما: لا يملكه بالإحياء كما لا يملك حمى رسول الله ﷺ، لأن كليهما حمى محرم.

والقول الثاني: يملك بالإحياء وإن منع منه، لأن حمى الإمام اجتهاد وملك الموات بالإحياء نص، والنص أثبت حكماً من الاجتهاد والله أعلم.

بَابُ مَا يَكُونُ إِحْيَاءً

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالإِحْيَاءُ مَا عَرَفَهُ النَّاسُ إِحْيَاءً لِمِثْلِ المُحَيَّا إِنْ كَانَ مَسْكَناً فَبِأَنْ يَبْنِيَ بِمِثْلِ مَا يَكُونُ مِثْلُهُ بِنَاءً وَ إِنْ كَانَ لِلدَّوَابِّ فَبِأَنْ يَبْنِيَ مَحْظَرَةً وَ أَقَلُّ عِمَارَةِ الزَّرْعِ الَّتِي تُمْلَكُ بِهَا الأَرْضُ أَنْ يَجْمَعَ تُرَاباً يُحِيطُ بِهَا تَتَبَيَّنُ بِهِ الأَرْضُ مِنْ غَيْرِهَا وَ يَجْمَعَ حَرْثَهَا وَزَرْعَهَا وَ إِنْ كَانَ لَهُ عَيْنُ مَاءٍ أَوْ بِئْرٌ حَفَرَهَا أَوْ سَاقَهُ مِنْ نَهْرٍ إِلَيْهَا فَقَدْ أَحْيَاهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح وإنما أطلق رسول الله ﷺ ذكر الإحياء ولم يقيده وإن كان مختلفاً، لأن للناس فيه عرفاً وكلهم إليه كما أطلق ذكر الحرز في قطع السارق والتفريط في البيع والقبض، لأن للناس فيه عرفاً، لأن ما لم يتقدر في الشرع ولا في اللغة كان تقديره مأخوذاً من العرف، وإذا كان هكذا فعرف الناس في الإحياء يختلف بحسب اختلاف المحيا فيقال للمحيي لماذا تريد إحياؤه؟ فإن قال أريد إحياؤه للسكنى قيل فأقل الإحياء الذي تصير به مالكاً أن تبني حيطاناً تحظر، وسقفاً يورى، فإذا بنيت الحيطان والسقف فقد أحييته وملكته، ولو بنيت ولم تسقف لم يكمل الإحياء ولم يستقر الملك، لأن سكنى ما لم يسقف غير معهود في العرف.

فصل: فإن قال أريد إحياؤه للدواب أو الغنم فأقل الإحياء لذلك أن تبني حيطاناً فتصير بذلك محيياً مالكاً، لأن الدواب والغنم قد لا تحتاج في العرف إلى سقف، فلو لم يبني حيطانها ولكن عبأ الأحجار حولها فذلك تحجير يصير به أولى من غيره وليس بإحياء يصير به مالكاً، وهكذا لو حظر عليها بغصب إلا أن يكون ذلك مكاناً جرت عادة أهله أن يبنوا أوطانهم بالقصب كعرين بين آجام البطائح فيصير بذلك محيياً اعتباراً بالعرف فيه، وهكذا في بلاد جبلان عرفهم أن يبنوا منازل أوطانهم بالخشب فيصير بناؤها بذلك إحياء يتم به الملك لعرفهم به وإن لم يكن في غير بلادهم إحياء.

فصل: فإن قال أريد إحيائها للزرع فلا بد لها من ثلاثة شروط:

أحدها: أن يجمع لها تراباً يحيط بها ويميزها عن غيرها، وهو الذي يسميه أهل العراق سناه.

والشرط الثاني: أن يسوق الماء إليها إن كانت يبساً من نهر أو بئر، وإن كانت بطائح حبس الماء عنها، لأن إحياء البطائح يحبس الماء على شروطه.

والشرط الثالث: أن يخزنها ليمكن زرعها، والحرث يجمع ويمسح ما استعلا من تطويل ما انخفض، فإن ساق الماء ولم يحرث فقد ملك الماء وحريمه ولم يملك ما تحجر عليه فإذا حرث بعد التحجير وسوق الماء فقد اختلف أصحابنا في كمال الإحياء وحصول الملك على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو المنصوص في كتاب الأم واختاره أبو إسحاق المروزي أن الإحياء قد كمل والملك قد تم وإن لم يزرع ولم يغرس، لأن مثابة الزرع بعد العمارة بمثابة السكنى بعد البناء وليس ذلك شرطاً في الإحياء كذلك الزرع والغرس.

والوجه الثاني: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع أنه لا يكمل الإحياء ولا يتم الملك إلا بالزرع والغرس بعد الحرث، لأنه من تمام العمارة، ومثابة السكنى بعد البناء بمثابة الحصاد بعد الزرع.

والوجه الثالث: وهو قول أبي العباس بن سريج لا يكمل الإحياء ولا يتم الملك إلا بالزرع أو الغرس ثم بالسقي، فما لم يسق لم يكمل الإحياء، لأن العمارة لم تكمل والوجه الأول أصحها، فإذا كمل الإحياء بما وصفنا واستقر ملك المحيي عليها بما بينا فهي أرض عشر وليست أرض خراج، سواء سقيت بماء العشر أو بماء الخراج.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن ساق إليها ماء الخراج وسقاها به فهي أرض خراج، وإن ساق إليها ماء العشر فسقاها به فهي أرض عشر، وقال محمد بن الحسن: إن كانت الأرض المحياة على أنهار احتفرتها الأعاجم فهي أرض خراج وإن كانت على أنهار أجراها الله تعالى كدجلة والفرات والنيل والبحر فهي أرض عشر، وقد أجمع العراقيون على أن ما أحيي من موات البصرة وسباخها أرض عشر، أما على قول محمد بن الحسن فلأن دجلة البصرة مما أجراه الله تعالى من الأنهار، وما عليها من الأنهار المحدثة فهي محياة احتفرها المسلمون في الموات، وأما أبو حنيفة فقد اختلف في علة ذلك على قوله، فذهب بعض أصحابنا إلى أن العلة في ذلك أن ماء دجلة والفرات يستقر في البطائح فينقطع حكمه ويذهب الانتفاع به ثم يخرج إلى دجلة والبصرة فلا يكون من ماء الخراج، لأن البطائح ليست من أنهار الخراج وهذا قول طلحة بن آدم، وقال آخرون: إن علة ذلك ومعناه أن ماء الخراج يفيض إلى دجلة البصرة في حرزها وأرض البصرة يشرب من مدها، والمد من البحر وليس من دجلة والفرات، وهذا تعليل جعلوه عذراً لمذهبهم حين شاهدوا الصحابة ومن تعقبهم من التابعين رضي الله عنهم قد أجمعوا عند إحياء البصرة وهي أول مصر بني في الإسلام على أنها أرض عشر لم يضرب عليها خراج وليست العلة فيه إلا أنه موات استحدث إحياؤه، وكذلك كل موات أحيي، ولأنه لو كان حكم الأرض معتبراً بمائها حتى تصير أرض العشر خراجاً بماء الخراج لوجب أن تصير أرض الخراج عشراً بماء العشر، وفي تركهم للقول بذلك في ماء العشر إبطال لما قالوه في ماء الخراج، ولأن الأرض أصل والماء فرع، لأمرين:

أحدهما: أن الماء قد يصرف عن أرض إلى أخرى ويساق إليها ماء أرض أخرى.

والثاني: أن الخراج مضروب على الأرض دون الماء، والعشر مستحق في الزرع دون الأرض والماء إذا كان الماء فرعاً لا يتعلق به أحد الحقين لم يجز أن يعتبر به واحد من الحقين.

فصل: وإذا أراد الرجل حفر بئر بالبادية فأحيائها يكون بحفرها حتى يصل إلى مائها، فما لم يصل إليه فالإحياء غير تام، فإذا وصل إلى الماء نظر فإن كانت الأرض صلبة لا تحتاج إلى طي فقد كمل الإحياء وتم الملك، وإن كانت الأرض رخوة لا تستغني عن طي صار الطي من كمال الإحياء فما لم يطو فالإحياء لم يكمل، فإذا كمل الإحياء نظر فإن حفرها للسابلة صارت سبيلاً على ذي كبد حرى من آدمي أو بهيمة، ويكن حافرها كأحدهم، فقد وقف عثمان رضي الله عنه بر دمه فكان يغترف بدلوه مع الناس، وإن حفرها لنفسه فقد ملكها وحريمها، وليس له أن يمنع فضل مائها، فلو أراد سدها منع منه، لما تعلق بفضل مائها من حقوق السابلة، وهكذا لو حفر نهراً أو ساق عيناً كان في حكم البئر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَهُ مَرَافِقُهَا الَّتِي لاَ يَكُونُ صَلاَحُهَا إِلاَّ بِهَا».

قال الماوردي: وهكذا كما قال قد ذكرنا أن من أحيا أرضاً فقد ملكها وحريمها بدليل ما قدمناه على داود فيما تفرد به عن الكافة في إبطال الحريم، فإذا كان حريم الأرض من حقوقها فهو عندنا معتبر بالعرف فيما لا تستغني الأرض عنه من مرافقها وليس بحدود، فإن كانت الأرض المحياة كان حريمها طرفها ومفيض مائها ويبدر زرعها وما لا تستغني عنه من مرافقها، وقال أبوحنيفة: حريمها ما لم يبلغه مائها وبعد منها.

وقال أبو يوسف: حريمها ما انتهى إليها صوت المنادي من حدودها، وكلا المذهبين تركيب لقدر لم يركبه شرع ولا اقتضاه معهود ولا أوجبة قياس وليس لما لم يوجبه واحد من هذه الثلاثة إلا أن يكون معتبراً بالعرف فيما لا يستغنى عنه.

فصل: وإن كان المحيا داراً فحريمها طريقها وفناؤها، ولما مصرت البصرة وجعلت خططاً لقبائل أهلها جعل عرض كل شارع من شوارعها عشرون زراعاً إلا الأعظم من شوارعها فإنهم جعلوه ستين ذراعاً، وجعلوا عرض كل زقاق تسع أزرع، وجعلوا في وسط كل قبيلة رحبة فسيحة لمرابط خيلهم ومقابر موتاهم، وقد روى بشير بن كعب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: إذا اختلف القوم في طريق فليجعل سبعة أزرع، وهذا إنما قاله اختياراً لا حتماً، لأنه لم يجعل ذلك حدًّا فيما أحياه لأصحابه بالمدينة.

فصل: وأما البئر والنهر فحريمها معتبر بالعرف أيضا من غير تحديد، وكذلك العين وهو قدر ما تدعو الحاجة إليه فيما حولها، وقال أبو حنيفة حريم العين خمس مائة ذراع، وحريم بئر الناضح خمسون ذراعا.

وقال أبو يوسف: حريم بئر العطن أربعون ذراعا إلا أن يكون رشاؤه أبعد فتكون له منتهى رشائه، وحريم النهر ملقى طينة عند حفره، وحريم الفناء ما لم يسمح على وجه الأرض وكان جامعاً للماء، والعرف في ذلك أولى من تحديد ما لم يتقدر شرعا ولا قياسا، فلو حفر بئراً في موات فملكها وحريمها ثم حفر آخر من بعد الحريم بئراً أخرى فنصب ماء الأولى إليها وغار فيها قال مالك: يمنع الثاني ويطم عليه بئره، وهكذا لو حفر الثاني بئرا طهورا فتغير ماء الأولى طمت الثانية على صاحبها، وذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أن بئر الثاني مقرة وإن نضب بها ماء الأولى أو تغير، لأنه لا حق للأول فيما جاوز حريم ملكه ولو استحق المنع لتقدير الحريم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ أَقْطَعَ أَرْضاً أَوْ تَحَجَّرَهَا فَلَمْ يُعْمِرْهَا رَأَيْتُ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَقُولَ لَهُ إِنْ أَحْيَيْتَهَا وَإِلاَّ خَلَّيْنَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ يُحْيِيهَا فَإِنْ تَأَجَّلَهُ رَأَيْتُ أَنْ يَفْعَلَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا تحجر أرض موات بإقطاع أو غير إقطاع فقد صار بالحجر عليها أحق الناس بها، لثبوت يده عليها، وله بعد ذلك أربعة أحوال:

أحدها: أن يأخذ في الإحياء ويشرع في العمارة فلا اعتراض عليه فيها وهو أحق الناس بها حتى يستكمل العمارة ويتم الإحياء، فلو غلب عليها وأكمل المتغلب إحيائها فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون قد تغلب عليها قبل أن يشرع المحيي في عمارتها فيكون ملكاً للمتغلب المحيي دون المحجر.

والضرب الثاني: أن يكون قد تغلب عليها بعد أن شرع المحجر في عمارتها وقبل استكمالها فأكمل المتغلب الإحياء وتمم العمارة ففيها وجهان:

أحدهما: أنها ملك للمحجر، لما استقر من ثبوت يده وتقدم عمارته، ويصير المتغلب متطوعاً بنفقته.

والوجه الثاني: أنها ملك للمتغلب المحيي، لأنه أحدث ما به يتم الإحياء ويستقر الملك.

فصل: **والحالة الثانية**: أن يوليها المحجر لغيره ويسلمها إليه فهذا جائز ويصير الثاني أحق بها من الناس كلهم، لأن الأول قد أقامه فيها مقام نفسه وليست هبة منه وإنما هي توليه وإيثار، وهكذا لو مات المحجر كان وارثه قائماً مقامه في إحيائها وأحق الناس بعده، لأن حقوقه بموته تصير منتقلة إلى ورثته فأما إن جن المحجر فلاحق فيها لورثته، لأن الحي لا يورث ولكن يقوم وليه مقامه في إحيائها للمحجر المجنون لا لنفسه فإن أحياها الولي لنفسه صار كمن غلب على أرض موات قد حجرها إنسان فأحياها فيكون على ما مضى.

فصل: **والحال الثالثة**: أن يبيعها المحجر قبل العمارة، ففي جواز بيعه وجهان:

أحدهما: وهو محكى عن أبي إسحاق المروزي وطائفة أن بيعها جائز، لأنـه لما كـان أولى بها يداً جاز أن يكون بها أولى بيعاً، وقد أشار الشافعي إلى هذا في كتاب السير.

والوجه الثاني: وهو الأظهر من قول الشافعي وما صرح به في جمهـور كتبه: أن بيعهـا لا يجـوز، لأنه بـالتحجير لم يملك وإنمـا ملك أن يملك كالشفيـع الذي يملك بـالشفعـة أن يتملك فلم يجز أن يبيع قبل أن يملك، فإذا قبـل بجواز البيـع على الوجـه الأول فالثمن لازم للمشترىأحيا أو لم يحيي،فلو أحيـاها غيـر المشتري متغلبـاً عليها صـارت ملكـاً للمتغلب المحيي، وفي سقوط الثمن عن المشتري وجهان حكاهما ابن أبي هريرة.

أحدهما: وهو اختياره أن الثمن لا يسقط عنه، لأنه من قبل نفسه أتى.

والوجه الثاني: أن الثمن قد سقط عنه، لأنه من قبل المبيع صار مستهلكاً قبل استقرار الأرض بالإحياء وإذا قيل ببطلان البيع على الوجه الثاني فإن أحياها غير المشترى فإت تغلب عليها فهي ملك للمحيي ولا شيء على المشتري، فإن أحياها المشتري نظر فإن كان بعد أن حكم يفسـخ البيـع فهي ملك للمشتـري لمحيى، وإن كان قبـل الحكم يفسـخ البيـع ففيـه وجهان:

أحدهما: أنها ملك للمشتري أيضـاً، لأن بإحيـائها صـارت ملكاً كمـا لو كان المحيي متغلباً.

والوجه الثاني: أنها ملك للبائع المحجر، لأن المشتري قصـد أن يملكها بـالثمن دون الإحياء فإذا لم يلزمه الثمن لفساد البيع لم يحصل له الملك.

فصل: والحال الرابعة: أن يمسكها المحجر بيده مواتاً لا يأخذ في عمارتها فينظر فـإن كان في ترك العمارة معذوراً ترك ولم يعترض عليـه فيها، وإن أخـر العمارة غيـر معذور فعلى السلطان أن يقول له: إن أحييتها وأخذت في عمارتها وإلا رفعت يدك عنها وخلينـا بينها وبين من يحميها ويعمرها، لأن لا يصير مضراً بالحمى وتعطيل العمارة.

وقال أبو حنيفة: يؤجل ثلاثة سنين لا يخـاطب فيها فـإن لم يحمـها حتى مضت السنين الثلاث فلا حق له فيها، استدلالاً بأن عمر رضي الله عنه جعـل أجل الإقـطاع ثلاثـة سنين، وهذا القول لا وجه له، وعمر رضي الله عنه إنما جعل ذلك في بعض الأحوال لمصلحة رآها ولم يجعل ذلك أجـلاً شرعيـاً، لأن النبي ﷺ لم يقدر فيهـا أجلاً، فلو أن المحجـر حين أمره السلطان بالإحياء أو رفع يده سأل التأجيل والإنظار أجله مدة قريبة إن ظهر لـه أعذار ويـرجى قرب زوالها من إعداد آلة أو جمع رجال أو قدم مال قريب الغيبة، ولا يؤجل ما يطول زمانه أو ما لا تظهر فيه أعذاره وبالله التوفيق.

باب ما يجوز أن يقطع وما لا يجوز

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «مَالاَ يَمْلِكُهُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ يُعْرَفُ صِنْفَانِ أَحَدُهُمَا مَا مَضَى وَلاَ يَمْلِكُهُ إِلاَّ بِمَا يَسْتَحْدِثُهُ فِيهِ وَ الثَّانِي مَا لاَ تُطْلَبُ المَنْفَعَةُ فِيهِ إِلاَّ بِشَيْءٍ يَجْعَلُ فِيهِ غَيْرَهُ وَذَلِكَ المعَادِنُ الظَّاهِرَةُ وَالبَاطِنَةُ مِنَ الذَّهَبِ وَالتِّبْرِ وَالْكُحْلِ وَالْكِبْرِيت وَ المِلْحِ وَغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وجملة ما لم يملكه من الأرض ضربان معادن وموات، فأما الموات فقد انقضى حكمه، وأما المعادن فهي البقاع ألتي أودعها الله عز وجل جواهر الأرض سميت بذلك، لإقامة الجواهر فيها كما قال تعالى: ﴿جنات عدن﴾أي جنات إقامة غير أن المزني أخطأ في نقله حين نقل فقال ما لا يطلب المنفعة فيه إلا بشيء يجعل فيه غيره وهذه صفة الموات التي لا منفعة فيه إلا أن يجعل فيه غيره من غرس أو زرع أو بناء، فأما المعادن فهي التي بطلت المنفعة فيها لا بشيء يجعل فيه غيره من غرس أو زرع أو بناء، لأن منفعته مخلوقة فيه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَصْلُ المَعَادِنِ صِنْفَان مَا كَانَ ظَاهِراً كَالمِلْحِ فِي الجِبَالِ تَنْتَابُهُ النَّاسُ فَهَذَا لاَ يَصْلُحُ لأَحَدٍ أَنْ يَقْطَعَهُ بِحَالٍ وَالنَّاسُ فِيهِ شَرْعٌ وَهَكَذَا النَّهْرُ وَ المَاءُ الظَّاهِرُ وَالنَّبَاتُ فِيمَا لاَ يُمْلَكُ لأَحَدٍ وَقَدْ سَأَلَ الأَبْيَضُ بْنُ حَمَّالٍ النَّبِيَّ ﷺ أَنْ يُقْطِعَهُ مِلْحَ مَأْرِبٍ فَأَقْطَعَهُ إِيَّاهُ أَوْ أَرَادَهُ فَقِيلَ لَهُ إِنَّهُ كَالمَاءِ العَدِّ فَقَالَ «فَلاَ إِذَنْ» قَالَ وَمِثْلُ هَذَا كُلُّ عَيْنٍ ظَاهِرَةً كَنَفْطٍ أَوْ قِيرٍ أَوْ كِبْرِيتٍ أَوْ مُومِيَا أَوْ حِجَارَةٍ ظَاهِرَةٍ فِي غَيْرِ مِلْكِ أَحَدٍ فَهُوَ كَالمَاءِ وَالكَلأَ وَالنَّاسُ فِيهِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح والمعادن ضربان ظاهرة وباطنة، فأما الباطنة فيأتي حكمها فيما بعد، وأما الظاهرة فهو كل ما كان ظاهراً في معدنه يؤخذ عفواً على أكمل أحواله كالملح والنفط، والقار والكبريت والموهبا والحجارة فهذه المعادن الظاهرة كلها لا يجوز للإمام أن يقطعها ولا لأحد من المسلمين أن يحجر عليها، والناس كلهم فيها شرع يتساوون فيها لا فرق بين صغيرهم وكبيرهم، ذكرهم وأنثاهم، مسلمهم وكافرهم، روى ثابت بن سعد عن أبيه عن جده أن أبيض بن حمال استقطع رسول الله ﷺ ملح مأرب فأقطعه ثم إن

الأقرع بن حابس التميمي قال يارسول الله إني قد وردت الملح في الجاهلية وهو بأرض ليس فيها ملح، ومن ورده أخذه، وهو مثل الماء العد بأرض، فاستقال الأبيض من قطيعته الملح، فقال الأبيض قد أقلتك منه على أن تجعله مني صدقة فقال رسول الله ﷺ: هو منك صدقة وهو مثل الماء العد من ورده أخذه وروت نهيسة عن أبيها أنه قال: يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال الماء، قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال الملح قال: يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه قال: أن تفعل الخير خيراً لك، وأنه ليس المانع بأحق من الممنوع، فاقتضى أن يكونا فيه سواء، وإذا استوى الناس في المعادن الظاهرة فإن أمكن اشتراك له الناس فيه عند الاجماع عليه وإلا تقدم الأسبق فالأسبق فإن تساوى مجيئهم فعلى وجهين:

أحدهما: يقرع بينهم فمن قرع منهم تقدم.

والوجه الثاني: يقدم السلطان باجتهاده من رأى فلو أقام رجل على المعدن زماناً يتفرد به وبما فيه نظر فإن كان مع تفرده به يمنع منه فمنه تعدي وعلى السطان أن يرفع يده عنه وقد ملك ما أخذه منه، وإن لم يمنع غيره منه ففيه وجهان.

أحدهما: أن يقر ما لم يكن في إقراره إدخال ضرر على غيره.

والوجه الثاني: يمنع ليلاّ بطول مكثه ويدوم تصرفه فينتقل عن حكم المباح إلى أحكام الأملاك، وهذان الوجهان في هذين الفرعين من اختلاف أصحابنا هل للسلطان استحقاق نظر فيها أم لا؟ فلهم فيها وجهان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَتْ بُقْعَةً مِنَ السَّاحِلِ يَرَى أَنَّهُ إِنْ حَفَرَ تُرَاباً مِنْ أَعْلَاهَا ثُمَّ دَخَّلَ عَلَيْهَا مَاءَ ظَهَرَ لَهَا مِلْحٌ كَانَ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهَا وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَعْمِرَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَيَمْلِكَهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأنها ليست في الحال معدناً وإنما هي موات تصير بالإحياء معدناً فجاز إقطاعها كما يجوز إقطاع الموات والله أعلم.

باب تفريق القطائع وغيرها

مسألة: **قَـالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالقَـطَائِعُ ضَـرْبَانِ: أَحَـدُهُمَا مَـا مَضَى. وَالثَّانِي إِقْطَاعُ إِرْفَاقٍ لَا تَمْلِيكٍ مِثْلُ المَقَاعِدِ بِالأَسْوَاقِ الَّتِي هِيَ طَرِيقُ المُسْلِمِينَ فَمَنْ قَعَـدَ فِي مَوْضِعٍ مِنْهَا لِلْبَيْعِ كَانَ بِقَدْرِ مَا يَصْلُحُ لَهُ مِنْهَا مَا كَانَ مُقِيماً فِيهِ فَإِذَا فَـارَقَهُ لَمْ يَكُنْ لَـهُ مَنْعُهُ مِنْ غَيْرِهِ كَأَفْنِيَةِ العَرَبِ وَفَسَاطِيطِهِمْ فَإِذَا انْتَجَعُوا لَمْ يَمْلِكُوا بِهَا حَيْثُ تَرَكُوا».

قال الماوردي: وهذا صحيح قد ذكرنا أن إقطاع السلطان إنما يتوجه إلى ما كان مباحاً من الأرض لم يجر عليه ملك مسلم، قال الشافعي في الأم وليس للسلطان أن يعطي إنساناً ما لا يحل للإنسان أن يأخذه من موات لا مالك له والسلطان لا يحل له شيئاً ولا يحرمه، ولو أعطى السلطان أحداً شيئاً لا يحل له لم يكن له أخذه، فدل ذلك من قوله مع ما قد استقرت عليه أصول الشرع أن ما ستقر عليه ملك آدمي لم يجز للسلطان أن يقطعه أحداً وإن أقطعه جاز للمقطع أن يملكه، فأما ما لم يستقر عليه ملك من سباخ الأرض فينقسم ثلاثة أقسام: قسم لا يجوز إقطاعه، وقسم يجوز إقطاعه، وقسم اختلف قوله في جواز إقطاعه، فأما ما لا يجوز إقطاعه فالماء والكلأ وسائر المعادن الظاهرة، وقد مضى الكلام فيها وأما ما اختلف قوله في جواز إقطاعه فهي المعادن الباطنة ويأتي الكلام فيها، وأما ما يجوز إقطاعه فينقسم ثلاثة أقسام: قسم يملك بعد الاقطاع وقسم لا يملك، وقسم اختلف قوله في تمليكه، فأما ما يملك بعد الاقطاع فهو الموات يملك بالإحياء ملكاً مستقراً وقد مضى، وأما ما يملك بالاقطاع فهو الذي ذكره في هذا الباب وهو الارتفاق بمقاعد الأسواق وأفنية الشوارع وحريم الأمصار، ومنازل الأسفار أن يجلس فيه الباعة وأن تحط فيه الرحال فهذا مباح، قد أقر رسول الله ﷺ الناس عليه بمكة والمدينة ومكن الخلفاء الراشدون بعده في الأمصار كلها فتوحها ومحياها، ولأن حاجة الناس إلى ذلك ماسة وضرورتهم إليه داعية فجرى مجرى الاستطراق والارتفاق، وأما ما اختلف قوله في تمليكه فهو المعادن الباطنة.

فصل: فإذا تقرر جواز الارتفاق بما وصفنا فهو على ثلاثة أضرب: ضرب يختص الارتفاق فيه بالصحاري والفلوات، وضرب يختص الارتفاق فيه بأفنية المنازل والأملاك، وضرب يختص الارتفاق فيه بأفنية الشوارع والطرقات.

فأما الضرب الأول وهو ما يختص الارتفاق فيه بالصحاري والفلوات كمنازل المسافرين إذا حلوا في أسفارهم بمنزل استراحة فلا نظر للإمام عليهم فيه، لبعده عنهم

ويجوز لهم النزول حيث لا يضروا المجتاز ولا يمنعوا سائلاً ثم لهم الماء والمرعى من غير منع ولا حمى، وهكذا البادية إذا انتجعوا أرضاً طلباً للماء والكلأ مكثوا فيها ولم يزالوا عنها وليس لهم أن يمنعوا غيرهم من انتجاعها ورعيها إلا أن يضيق بهم فيكون السابقون إليها أولى بها ممن جاء بعدهم روى يوسف بن ماهك عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله ألا نبني لك بمنى بناء يظللك من الشمس فقال: لا إنما هو مناخ من سبق إليه فلو ضاق المنزل عن جميع من ورد إليه نزلوا فيه بحسب مسيرهم إليه يترتبون النزول كما كانوا مترتبين في المسير فمن قصر عنهم عن لحوق المنزل نزل حيث بلغ، ولو ضاق بهم الماء فإن كانوا لو تواسوا به عمهم لزمهم أن يتواسوا فيه ومنعوا من أن يحوز بعضهم أكثر من حاجته، وإن ضاق عن مواساتهم فيه كان الأسبق إليه أحق بقدر كفايته عنهم فإن غلب عليه المسبوق لم يسترجع منه، لأنه قد ملكه بالإحازة بعد أن كان مباحاً، وإن جاءوا إليه على سواء لم يسبق بعضهم بعضاً وهو ينقص عن كفايتهم اقترعوا عليه فأيهم قرع كان أحق بما يمسك رمقه حتى يرتوي الآدميون، وليس لمن قرع منهم أن يقدم بهائمه على ارتواء الآدميين، فإذا ارتوى الآدميون جميعاً استؤنفت القرعة بين البهائم ولم يحملوا على القرعة المتقدمة، لأنهما جنسان يختلف حكمهما، وهل تستأنف القرعة على أعيان البهائم أو على أعيان أربابها؟ على وجهين.

أحدهما: أن تستأنف على أعيان أربابها تغليباً لحرمة الملك، فعلى هذا إذا قرع أحد أرباب البهائم يسقي جميع بهائمه ثم هكذا من قرع بعده.

والوجه الثاني: أن القرعة تستأنف على أعيان البهائم تغليباً لحرمتها وسواء في ذلك ما يؤكل لحمه أو لا يؤكل، وهذا أصح الوجهين. لأن حرمة النفس أعظم من حرمة الملك فعلى هذا إن قرعت القرعة مال رجل مر تقديماً لمن قرع.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو ما يختص الارتفاق فيه بأفنية المنازل والأملاك كمقاعد الباعة والسوقة في أفنية الدور فينظر فيه فإن أضر ذلك بأرباب الدور منعوا من الجلوس إلا بإذنهم، وإن لم يضر بهم نظر فإن كان الجلوس على عتبة الدار لم يجز إلا بإذن مالك الدار، وهو أحق بالإذن من الإمام، وإن كان في فناء الدار وحريمها الذي لا يضر بالدار ولا بمالكها ففيه قولان:

أحدهما: أنه يجوز لهم الجلوس فيه بغير إذن مالكها، لأن حريم الدار مرفق عام كالطريق، وليس لرب الدار أن يمنع من جلس ولا يقدم عليه غيره.

والقول الثاني: أنه لا يجوز لهم الجلوس فيه إلا بإذن مالكها، لأن مالك الدار أحق بحريمها ولا يجوز للمالك وإن كان أحق بالإذن أن يأخذ عليه أجرة كما يجوز أن يأخذ عليه بانفراده ثمناً لأنه يقع للملك وليس بملك، فلو كان مالك الدار مولى عليه لم يجز لوليه أن يأذن في الجلوس فيه، لأنه غير مستحق في الملك ولا معاوض عليه ولا منتفع به، وسواء

كان مالك الدار مسلماً أو ذمياً ولمالك الدار إذا أجلس رجلاً أن يقيمه منه إذا شاء ويقدم عليه من يشاء، فأما فناء المسجد فإن كان في الجلوس فيه إضرار بأهل المسجد منعوا منه، وإن لم يكن فيه إضرار بأهل المسجد فهل يلزم استئذان الإمام فيه أم لا؟ على وجهين إن قيل إن فناء الملك لا يلزم استئذان ربه فيه لم يلزم استئذان الإحمام في فناء المسجد، وإذن الإمام إذن اجتهاد في الأصلح، وسواء في فناء المسجد جيرانه والأباعد.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو ما يختص بالارتفاق فيه بأفنية الشوارع والطرقات أن يجلس فيها السوقة بأمتعتهم ليبيعوا ويشتروا فهذا مباح، لما قدمنا من الدليل عليه، وللإمام أن ينظر فيه، واختلف أصحابنا في حكم نظر الإمام فيه على وجهين:

أحدهما: أن نظره فيه مقصور على كفهم عن التعدي ومنعهم من الإضرار وليس له أن يمنع جالساً ولا أن يقدم أحداً.

والوجه الثاني: أن نظره نظر مجتهد فيما يراه صلاحاً من إجلاس من يجلسه ومنع من يمنعه، وتقديم من يقدره، كما يجتهد في أموال بيت المال، فإذا أخذ الباعة مقاعدهم في أفنية الأسواق والطرقات روعي في جلوسهم ألا يضروا بمارٍ ولا يضيقوا على سائلٍ، وليس للإمام أن يأخذ منهم أجرة مقاعدهم، فلو جلس رجل بمتاعه في مكان فجاء غيره ليقيمه منه ويجلس مكانه لم يجز ما كان الأول جالساً بمتاعه، فلو قام ومتاعه في المكان فهو على حقه فيه ومنع غيره منه، فإذا قاموا من مقاعدهم بأمتعتهم عند دخول الليل ثم غدوا إليها من الغد كان كل من سبق إلى مكان أحق به، ولا يستحق العود إلى المكان الذي كان فيه وعرف به، وقال مالك: إذا عرف أحدهم بمكانه طال جلوسه فيه فهو أحق به من غيره لما فيه من المصلحة بقطع التنازع ووقوع الاختلاف وهذا عنه صحيح، لقوله ﷺ «منا مناخ من سبق» ولأنه لو جعل أحق به لصار في حكم ملكه ولحماه عن غيره فلو تنازع رجلان في مقعد ولم يمكنهما الجلوس بناء على نظر الإمام فيه.

أحدهما: يقرع بينهما فأيهما قرع كان به أحق وهذا على الوجه الذي يجعل نظر الإمام مقصوراً على منع الضرر وقطع التنازع.

والوجه الثاني: أن الإمام يجتهد رأيه في إجلاس من يرى منهما، وهذا على الوجه الذي يجعل نظر الإمام نظر اجتهاد ومصلحة، فلو أقطع الإمام رجلاً موضعاً من مقاعد الأسواق ليبيع فيه متاعه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه أحق بالمكان ما لم يسبق إليه، فإن سبق إليه كان السابق أحق به، وهذا إذا قيل إن نظره مقصور على منع الضرر.

والوجه الثاني: أنه أحق من السابق بذلك المكان، وهذا إذا قيل إن نظره اجتهاد في الأصلح، فلو أن رجلاً ألف مقعداً في فناء طريق حتى تقادم عهده فيه وعرف به ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يقر في مكانه ما لم يسبقه إليه غيره.

والوجه الثاني: أنه يقام عنه ويمنع منه لئلا يصير زريعه إلى تملكه وادعائه، فلو أراد رجل أن يبني في مقعد من فناء السوق بناء منع، لأن إحداث الأبنية يستحق في الأملاك، وأما إذا حلق الفقهاء في المساجد والجوامع حلقاً منع الناس من استطراقها والاجتياز فيها، لقوله ﷺ لا حمى إلا في ثلاث ثلة البئر، وطول الغرس، وحلقة القوم فلو عرف فقه بالجلوس مع أصحابه في موضع من الجامع لم يكن له منع من سبق إليه وكان السابق أحق به، وقال مالك قد صار من عرف بذلك الموضع من الفقهاء والقراء أحق به، وله منع من سبق إليه وهذا غير صحيح لقوله تعالى: ﴿سواء العاكف فيه والباد﴾ والله أعلم بالصواب.

باب إقطاع المعادن وغيرها

مسألة: قَـالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَفِي إِقْـطَاعِ المَعَادِنِ قَـوْلَانِ أَحَدُهُمَـا أَنَّهُ يُخَالِفُ إِقْطَاعَ الأَرْضِ لأَنَّ مَنْ أَقْـطَعَ أَرْضاً فِيهَـا مَعَادِنُ أَوْ عَمِلَهَـا وَلَيْسَتْ لأَحَدٍ سَـوَاءٌ كَانَتْ ذَهَبـاً أَوْ فِضَّةً أَوْ نُحَـاساً أَوْ مَـا لَا يَخْلُصُ إِلَّا بِمُؤْنَةٍ لأَنَّـهُ بَـاطِنٌ مُسْتَكِنٌّ بَيْنَ ظَهْـرَانَيْ تُـرَابٍ أَوْ حِجَارَةٍ كَانَتْ هَذِهِ كَالمَوَاتِ فِي أَنَّ لَهُ أَنْ يُقْطِعَهُ إِيَّاهَا وَ مُخَالِفَةٌ لِلمَـوَاتِ فِي أَحَدِ القَـوْلَيْنِ فَإِنَّ المَوَاتَ إِذَا أُحْيِيَتْ مَرَّةً ثَبَتَ إِحْيَاؤُهَا وَهَذِهِ فِي كُلِّ يَوْمٍ يُبْتَدَأُ إِحْيَاؤُهَا لِبُطُونِ مَا فِيهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المعادن ضربان ظاهرة وباطنة وذكـرنا أن الـظاهرة منهـا لا يجوز إقطاعها، فأما الباطنة وهي التي لا شيء في ظاهرها حتى تحفر أو تقطع فيـظهر مـا فيها بالحفر والقطع كمعادن الفضة والذهب والنحـاس والحديـد، سواء احتـاج ما فيهـا إلى سبك وتخليص كـالفضة والنحـاس أو لم يحتج إلى ذلـك كالتبـر من الذهب، ففي جـواز إقطاعهـا قولان:

أحدهما: أن إقطاعها لا يجوز والناس كلهم فيهـا شرع يتسـاوى جميعهم في تناول مـا فيهـا كالمعـادن الظاهـرة التي يتساوى النـاس فيها، ولا يجـوز إقطاعهـا، لأن ما فيهـا جميعاً مخلوق يوصل إليه بالعمل ويملك بالأخذ، فعلى هذا يستوي حال المقطع وغيره في تناول ما فيها كما لو أقطع المعادن الظاهرة ولم يصر أحق بها من لم يستقطعها.

والقـول الثاني: أن إقـطاعها جـائـز والقـطع أحق بهـا من غيـره، روى كثيـر بن عبـد الله بن عمـرو بن عوف المـزني عن أبيه عن جـده أن رسول الله ﷺ أقـطع بلال بن الحـرث المزني معادن القبليّة جلسيّها وغوريّها وحيث يصلح الزرع من مدهن ولـم يعطه حق مسلم(١) وفيه تأويلان:

أحدهما: وهو قول عبد الله بن وهب أن جلسيّها وغوريها أعلاها وأسفلها.

والتـأويل الثـاني: وهو قـول أبي عبيد وابن قتيبة أن الغـور مـا كان من بـلاد تهـامـة والجلس ما كان من بلاد نجد.

قال الشماخ:

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند كمـا في البدائـع (١٣٥١) والبخاري (٢٣٥٣، ٢٣٥٤، ٦٩٦٢). أخـرجه ابن عبد البر عن عوف. وأخرجه مالك في الموطأ ٣/٢٣٦ مرسلاً وكثير من ركن من أركان الكذب.

فَأَضْحَتْ عَلَى مَاءِ العُذَيْبِ وَعَيْنُهَا كَوَقْبِ الصَّنعا جِلْسِيُّهَا قَدْ تَغَوَّرَا[1]

ولأن المعادن الباطنة تخالف الظاهرة من وجهين توافق بينهما الموات.

أحدهما: ما يلزم من كثرة المؤونة في الباطنة حتى ربما ساوت مؤونة إحياء الموات وزادت ولا يلزم ذلك في الظاهر.

والثاني: أن ما في الباطنة مظنون متوهم فشابه ما يظن من منافع الموات بعد الإحياء وما في الظاهرة مشاهد متيقن فصارت الباطنة من هذين الوجهين مفارقة للظاهرة في المنع من إقطاعها، وملحقة بالموات في جواز إقطاعها.

فصل: فعلى هذا إذا أقطعها الإمام رجلاً فما لم يتصرف فيهما بالعمل لم يملكها كما لا يملك الموات بالإقطاع ما لم يحيه، فإذا عمل فيها صار مالكها، وفي ملكه قولان:

أحدهما: أنه قد ملكها ملكاً مؤبداً، سواء أقام على العمل أو ترك كما يملك الموات بالإحياء سواء استدام عمارته أو عطله، فعلى هذا يكون إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكها وإن لم يكن إذنه في إقطاعها شرطاً في تناول ما فيها، لكونه على أصل الإباحة، والقول الثاني أن ملكه لها مقدر بمدة عمله فيها فما أقام على العمل فهو على ملكه، وله منع الناس منه، فإذا فارق العمل زال ملكه عنه وعاد إلى أصل الإباحة إلا أن يكون ذلك لتعذر آلة أو هرب عبد فلا يزول ملكه ما كان ناوياً للعمل حتى يقطع قطع ترك فيزول ملكه، وإنما كان كذلك لأن عمله يكون إحياء للطبقة التي عمل فيها فصار مالكاً لها بإحيائه وعمله، فأما ما تحت تلك الطبقة فلم يقع عليها عمل ولم يحصل فيها إحياء فلم يملكها، فعلى هذا اختلف أصحابنا هل يكون إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكه عليها مدة عمله فيها على وجهين:

أحدهما: أن إذنه شرطاً فيه حتى يجوز منع غيره كما لو قيل بتأبيد ملكه.

والوجه الثاني: أن إذنه ليس بشرط كما لم يكن إذنه شرطاً في إحياء الموات، لأن ملكه فيها يختص بما باشر عمله، ويجوز له عند شروعه في العمل أن يمنع غيره من الموضع الذي عمل فيه، ولا يمنعه من غير ذلك الموضع من العذر كما لا يمنع بشروعه في إحياء الموات من غير إقطاع إلا من الموضع الذي عمل فيه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْطِعَهُ مِنَ المَعَادِنِ إِلَّا قَدْرَ مَا يَحْتَمِلُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ عَطَّلَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُ مَنْ أَخَذَهُ وَمِنْ حُجَّتِهِ فِي ذَلِكَ أَنَّ لَهُ بَيْعَ الأَرْضِ وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ المَعَادِنِ وَأَنَّهَا كَالْبِئْرِ تُحْفَرُ بِالبَادِيَةِ فَتَكُونُ لِحَافِرِهَا وَلَا يَكُونُ لَهُ مَنْعُ المَاشِيَةِ فَضْلَ مَائِهَا وَكَالْمَنْزِلِ بِالْبَادِيَةِ هُوَ أَحَقُّ بِهِ فَإِذَا تَرَكَهُ لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ مَنْ نَزَلَهُ».

قال الماوردي: واعلم أن الإقطاع ضربان: إقطاع إرفاق، وإقطاع تمليك، فأما إقطاع

(١) البيت في اللسان م [جلس].

الإرفاق فهو التمكين من المعدن ليعمل فيه ولا يمنع غيره منه فهذا يصح في المعادن الظاهرة والباطنة جميعاً، وأما إقطاع التمليك فهو الذي يمنع منه في المعادن الظاهرة، وفي جوازه في المعادن الباطنة قولان مضيا، فإذا جوزناه فلا ينتفي للإمام أن يقطع أحداً منه إلا قدر ما يحتمل أن يعمل فيه ويقدر على القيام به، فإن كان واحداً أقطعه قدر ما يحتمله الواحد، وإن كانوا عشرة أقطعهم قدر ما يحتمل العشرة، فإن اقتطع أحداً ما لا يقدر على العمل فيه ولا يتمكن من القيام به لم يجز، لما فيه من تفويت منفعته على المقطع وغيره فصار أسوأ حال من الحمى الذي ينتفع به من حماه وأما قوله على أنه إن عطله لم يكن له منع من أخذه فقد اختلف أصحابنا في مراده به فقال بعضهم: أراد به إقطاع الإرفاق دون التمليك، وقال آخرون: بل أراد به إقطاع التمليك وهو أحد قوليه في أنه يملكه مدة عمله ولا يملكه إذا عطله، فأما ما ظهر بالعمل قبل التعطيل فقد صار في ملكه وله منع غيره منه، وقال آخرون: بل أراد به إقطاع التمليك إذا قدره بمدة العمل وشرط فيه زوال الملك عند تعطيل العمل فلا يتأبد ملكه قولاً واحداً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَقْطَعَ أَرْضاً فَأَحْيَاهَا ثُمَّ ظَهَرَ فِيهَا مَعْدِنٌ مَلَكَهُ مِلْكَ الأَرْضِ فِي القَوْلَيْنِ مَعاً».

قال الماوردي: إذا أحيا الرجل أرضاً مواتاً بإقطاع أو غير إقطاع فظهر فيها بعد الإحياء معدن فقد ملكه ملكاً مؤبداً قولاً واحداً، سواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً؛ لأن المعدن لم يظهر إلا بالإحياء فصار كعين استنبطها أو بئر احتفرها، ولأن المعدن من أرضه التي ملكها بإحيائه فخالف المعادن التي في غير ملكه، فإن قيل أليس لو أحيا أرضاً فظهر فيها ركاز لم يملكه فهلا صار المعدن مثله لا يملكه قبل الفرق بينهما أن المعدن خلقه في الأرض فمالكه يملك الأرض، والركاز مستودع في الأرض فلم يملك وإن ملك الأرض لما بنته لها، ألا ترى أنه لو اشترى أرضاً فكان فيها حجارة مستودعة لم يملكها ولو كانت الحجارة خلقة فيها ملكها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُل مَعْدِنٍ عَمل فِيهِ جَاهِلِيٍ ثُمَّ اسْتَقْطَعَهُ رَجُلٌ فَفِيهِ أَقَاوِيلُ أَحَدُهَا أَنَّهُ كَالبِئْرِ الجَاهِلِيِّ وَالمَاءِ العِدّ فَلاَ يُمْنَعُ أَحَدٌ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ فَإِذَا اسْتَبَقُوا إِلَيْهِ فَإِنْ وَسِعَهُمْ عَمِلُوا مَعاً وَإِنْ ضَاقَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ أَيُّهُمْ يَبْدَأُ ثُمَّ يَتْبَعُ الآخَرُ حَتَّى يَتَآسوا فِيهِ وَالثَّانِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهُ عَلَى المَعْنَى الأَولَ فِيْهِ وَلاَ يَمْلِكُهُ إِذَا تَرَكَهُ وَالثَّالِثُ يَقْطَعُهُ فَيَمْلِكُهُ مِلْكَ الأَرْضِ إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا عِمَارَةً».

قَال المَاوردي:

أحدها: أنه كالسر الجاهلي والماء العد فلا يمنع أحد يعمل فيه فإذا استبقوا إليه فإن وسعهم غلوا معاً وإن ضاق أقرع بينهم أيهم يبدأ ثم يتبع الآخر فالآخر حتى يتساوو فيه.

والثاني: للسلطان أن يقطعه على المعنى الأول يعمل فيه ولا يملكه إذا تـركه والثـالث يقطعه فيملكه ملك الأرض إذا أحدث فيها عمارة.

اعلم أن المعادن الباطنة ضربان: ضرب لم يعمل فيه، وضرب عمل فيـه، فأمـا ما لم يعمل فيه فضربان.

أحـدهما: أن يعمـل منه بمـا يشاهـد من ظاهـرة أنـه إن عمـل فيـه ظهـر نيله وأجـاب ولم يخلف فهذا هو الذي ذكرنا اختلاف قـول الشافعي في جـواز إقطاعـه ومن لـم يقطع فهـو على أصل الإباحة لمن ورده أن يعمل فيه.

والضـرب الثاني: أن لا يعلم منـه ظهور نيله يقينـاً وقد يجـوز أن يخلف ويجـوز أن لا يخلف، فقد اختلف أصحابنا فيه هل يجري عليه حكم الموات في جواز إقطاعه وتأبيد ملكه بالإحياء أو يجري عليه حكم المعادن؟ على وجهين.

أحدهما: وهـو قول أبي علي بن أبي هـريرة أنـه يجري عليـه حكم الموات في جـواز إقطاعه وتأبيد ملكه بالإحياء، لأنه من جملة الموات ما لم يتيقن كونه معدناً.

والوجه الثاني: أنه يجـري عليه حكم المعـادن تغليباً لـظاهر أمـرها مـا لم يتيقن كونـه مواتاً، والأول أصح والله أعلم بالصواب.

فصل: وأما ما عمل فيه فضربان:

أحدهما: أن يكون العمل فيه إسلامياً فضربان:

أحدهما: أن يكون عن إقطاع إمام.

والثاني: عن غير إقطاع، فإن كان قد عمل فيه مسلم بغيـر إقطاع فـإن ترك العمـل عاد إلى أصله في الإباحة وجاز للناس العمـل فيه، وفي جـواز إقطاعـه قولان، وإن كـان المسلم مقيماً على العمل فيه ففي جواز مشاركة الناس له فيه وجهان من اختلاف أصحابنا هل يكـون إذن الإمام شرطاً في تملكه مدة العمل أم لا؟.

أحدهما: أنه قد صار أحق به من غيره، وله منع الناس منه، وليس لأحد مشـاركته فيـه حتى يقطع العمل وهذا على الوجه الذي لا يجعل إذن الإمام شرطاً في تملكـه مدة العمـل، وعلى هذا لا يجوز للإمام في مدة عمله أن يقطعه أحداً.

والـوجه الثـاني: أنه فيـه وغيره سـواء، ولمن ورد إليه أن يشـاركه في العمـل، وإنمـا يختص هذا العمل بالموضع الذي قد عمل فيه دون غيره، وهذا على الوجه الذي يجعل إذن الإمام شرطاً في تملكه مدة العمل، وعلى هذا يجوز للإمام في مـدة عمله أن يقطعـه من رأى ويتوجه إقـطاع الإمام إلى مـا سوي مـوضع عمله من المعـدن، فإذا قـطع العمل جـاز إقطاع جميعهً.

فصل: فإن كان قد عمل فيه مسلم بإقطاع إمام لم يجز في مـدة العمل أن يشـارك فيه،

فأما بعد قطع العمل فإن قيل قد استقر ملكه عليه مؤبداً لم يجز أن يعمل فيه أحد إلا بإذنه، ولا أن يجعله الإمام إقطاعاً لغيره، ويجوز له أن يبيعه ويهبه، وإن مات ورث عنه كسائر أمواله، وإن قيل إن ملكه مقدراً بمدة العمل جاز لغيره أن يعمل فيه وهل يفتقر إلى إذن الإمام أم لا؟ على وجهين مضيا وهل يجوز للإمام إقطاعه أم لا؟ على ما ذكرناه من القولين ولا يجوز له بعد قطع العمل أن يبيعه ولا أن يهبه وإن مات لم يورث عنه فأما في مدة العمل فلا يجوز له بيعه ولا هبته، لأن ملكه غير مستقر لكن ترتفع يده بالهبة ولا ترتفع بالبيع، والفرق بينهما أن رفع يده في البيع كان مشروطاً بعوض لم يحصل له ولم ترتفع يده وليس كذلك الهبة، ولا يورث عنه بالموت، ويكون لوارثه إتمام ما شرع فيه من العمل وهو فيما يستأنفه كسائر الناس كلهم، هل يلزمه استئذان الإمام فيه بعد تقضي مدة الإقطاع بترك العمل أم لا؟ على وجهين:

فصل: فإن كان العمل فيه جاهلياً كمعدن عملت الجاهلية فيه ثم وصل المسلمون إليه فلا يخلوا حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الجاهلي قد تملكه بعمله أو بإحيائه فهذا مغنوم ولا يجوز أن يقطع، ولا أن يستبيحه الناس، ويجري عليه حكم ما استقرت عليه أرضهم من صلح أو غيره.

والقسم الثاني: أن يكون الجاهلي لم يتملكه بعمله ولا بإحيائه وإنما استمتع بما فيه وفارقه عفواً فهو في حكم المعادن المباحة إن كان ظاهراً منع من إقطاعه، وإن كان باطناً فعلى قولين:

أحدهما: أنه في حكم العامر من أموالهم لا يجوز إقطاعه ولا استباحته.

والثاني: أنه في حكم المعادن الإسلامية وفي إقطاعها قولان والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا وَصَفْتُ مِنْ إِحْيَاءِ المَوَاتِ وَإِقْطَاعِ المَعَادِنِ وَغَيْرِهَا فَإِنَّمَا عَنَيْتُهُ فِي عفو بِلَادِ العَرَبِ الَّذِي عَامِرُهُ عُشْرٌ وَعَفْوُهُ مَمْلُوكٌ».

قال الماوردي: اعلم أن الشافعي أراد بهذا الفصل أن جميع ما وصفه من إحياء الموات وإقطاع المعادن وغيرها من الحمى فإنما هو في بلاد الإسلام فقال إنما عنيته في عفو بلاد العرب، يريد بالعفو الموات الذي هو عفو متروك، ويريد ببلاد العرب بلاد الإسلام، لأن بلاد العرب هي دار الإسلام ومنها بدأ وفيها نشأ ثم قال: الذي عامره عشر يعني لا خراج عليه وإنما هي أرض عشر يؤخذ العشر من زرعها، ولا يؤخذ الخراج من أرضها، ثم قال: وعفوه مملوك، وروى الربيع وعفوه غير مملوك، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذه الرواية فكان أبو علي بن أبي هريرة، وأبو حامد المروزي، وأبو حامد الإسفراييني ينسبون المزني إلى الخطأ في نقله حين قال: وعفوه مملوك، لأنه لو كان مملوكاً ما جاز إحياؤه وإن الصحيح ما نقله الربيع وإن عفوه غير مملوك ليملك بالإحياء، وكان أبو القاسم الصيمري وطائفة يقولون: كلي النقلين صحيح، والمراد بهما مختلف، فقول المزني وعفوه مملوك يعني لكافة

المسلمين وذلك لم يجز لمشرك أن يحيي مواتاً في بلاد الإسلام، وقول الربيع وعفوه غير مملوك يعني لواحد من المسلمين بعينه، لأن من أحياه منهم ملكه، فإن قيل فلما خص الشافعي رحمه الله بلاد الإسلام بهذا التقسيم من الحكم وقد تكون بلاد الشرك مثلها وعلى حكمها فعن ذلك جوابان:

أحدهما: أنه خص بلاد الإسلام بذلك، لأن أحكامنا عليها جارية بخلاف بلاد الشرك الذي لا تجري عليها أحكامنا.

والثاني: أن بلاد الشرك قد يكون حكمها كبلاد الإسلام في عامرها ومواتها بحسب اختلاف فتوحها فلم يجز أن يجمعها في الحكم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلّ مَا ظَهَرَ عَلَيْهِ عَنْوَةً مِنْ بِلَادِ العَجَمِ فَعَامِرُهُ كُلُّهُ لِمَنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ مِنَ المُسْلِمِينَ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُم».

قال الماوردي: اعلم أن بلاد الشرك إذا صارت من بلاد الإسلام فعلى ضربين:

أحدهما: أن تصير من بلاد الإسلام عفواً بإسلام أهلها طوعاً من غير إيجاف خيل ولا ركاب، ولا بتهديد وارهاب فحكم ذلك حكم ما أحياه المسلمون من أمصارهم في ملكهم لرقاب عامرها واستواء كافة المسلمين في إحياء موتاها، وجميعها أرض عشر فيما أسلموا عليه من عامر وما استأنفوا إحياؤه من موات.

والضرب الثاني: ما ظهر عليه المسلمون باليد والغلبة وذلك ضربان:

أحدهما: ما ملك عنوة.

والثاني: ما فتح صلحاً، فأما المملوك عنوة فعامر مغنوم يقسم خمسة على خمسة من أهل الخمس، وتكون أربعة أخماسه مقسومة بيه الغانمين، فأما مواته فلهم فيه حالان:

أحدهما: أن لا يذبوا عنه ولا يمنعوا منه، ويخلوا بينه وبين المسلمين من غير حائل عنه، فهذا في حكم موات المسلمين من أحياه فقد ملكه، ولا يختص به الغانمون دون غيرهم.

والحال الثانية: أن يذبوا عنه ويمنعوا منه، ويقاتلوا دونه، فقد صار الغانمون أولى به، ثم اختلف أصحابنا هل صاروا أولى به يداً أو ملكاً؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم أولى به يداً كالمحجر على الموات وهو أولى به، لمحجره ويده من غيره، وإن لم يصير ملكاً له فإن أخروا أحياؤه قال لهم الإمام: إما أن تحيوه أو ترفعوا أيديكم عنه ليحييه غيركم كما يقول لمن يحجر مواتاً في بلاد الإسلام، وهذا قول أبي إسحاق المروزي وأبي حامد الإسفراييني، لأن منع المشركين منه تحجير ثم انتقلت أيديهم إلى الغانمين فصاروا بالغنيمة متحجرين فعلى هذا الوجه لو بدر غير الغانمين فأحياه ملكه كما يملك ما أحياه من موات ما يحجر عليه مسلم في بلاد الإسلام.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد المروزي وأبي الفياض أن الغانمين أولى بالموات ملكاً، لأنه قد صار بالمنع تبعاً للعامر فلما ملك الغانمون العامر ملكوا ما صار تبعاً له من الموات، فعلى هذا لا يملكه غيرهم بالإحياء، ولا يعترض عليهم برفع اليد بتأخير الإحياء، ولا يجوز لغيرهم أن يأخذ من معادن هذا الموات شيئاً لا من ظاهرها ولا من باطنها، وعلى الوجه الأول يجوز فهذا حكم ما فتح عنوة، وسيأتي حكم ما فتح صلحاً، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا كَانَ فِي قَسْمِ أَحَدِهِمْ مِنْ مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ فَهُوَ لَهُ كَمَا يَقَعُ فِي قِسْمَةِ العَامِرِ بِقِيمَتِهِ فَيَكُونُ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قسم عامر بلاد العنوة بين الغانمين فحصل في قسم أحدهما من العامر معدن فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ظاهراً، فهذا ملك لمن قسم له من الغانمين لا يجوز لأحد أن يشاركه فيه وإن كان ظاهراً.

والضرب الثاني: أن يكون باطناً فلا يجوز أن يكون الإمام قد عرف حاله وقت القسم أو لم يعرف، فإن عرف حاله بعد ملكه للغانم بالقسم وإن لم يعرف حاله ففيه وجهان:

أحدهما: قد ملكه كما يملك ما أحياه.

والثاني: لا يملكه لجهالة الإمام به، وإن قسم المجهول لا يصح، فعلى هذا لا يملك المعدن وحده ويملك ما سواه مما قسم له، فإن لم يكن عليه في إفراده عن ملكه ضرر فلا خيار له ولا بدل، وإن كان عليه في إفراده ضرر فلا خيار له أيضاً، لأن قسم الإمام لا يتعلق به المقسوم له خيار ولكن عليه أن يعطيه بدل النقص الداخل عليه بالضرر ما يكون عوضاً عنه أو ننقض القسم من يعطيه غيره مما يفي بسهمه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَاكَانَ فِي بِلَادِ العَنْوَةِ مِمَّا عُمِّرَ مَرَّةً ثُمَّ تُرِكَ فَهُوَ كَالعَامِرِ القَائِمِ العِمَارَةِ مِثْلُ مَا ظَهَرَتْ عَلَيْهِ الأَنْهَارُ وعُمِّرَ بِغَيْرِ ذَلِكَ عَلَى نُطَفِ السَّمَاءِ أَوْ بِالرِّشَاءِ وَكُلُّ مَا كَانَ لَمْ يُعَمَّرْ قَطُّ مِنْ بِلَادِهِمْ فَهُوَ كَالمَوَاتِ مِنْ بِلَادِ العَرَبِ».

قال الماوردي: اعلم أن ما اندرست عمارته من بلاد المشركين حتى صار مواتاً خراباً على ثلاثة أقسام.

أحدها: أن تكون الشروط المعتبرة في إحيائها باقية فيه كأرض الزراعات إذا كانت مسنياتها باقية وماؤها قائماً، وصارت بنيات الحشيش فيها خراباً وبتأخير عمارتها مواتاً فهذه في حكم العامر من أموالهم يقسم بين الغانمين في العنوة.

والقسم الثاني: أن تكون الشروط المعتبرة في إيجابها ذاهبة كالدور والمنازل إذا ذهب آلتها واندرست آثارها، فحكم هذا على ما استوفيناه تقسيماً وحكماً في صدر هذا الكتاب.

والقسم الثالث: أن تذهب بعض الشروط المعتبرة في إيجابها ويبقى بعضها عارض الزرع إذا ذهبت مسنياتها وبقي ماؤها أو ذهب ماؤها وبقيت مسنياتها ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: أنه في حكم الموات ما لم يندرس جميع آثاره.

والثاني: أنه في حكم الموات ما لم يبقى جميع آثاره.

والثالث: أنه إذا تقادم العهد بجوابها صارت مواتاً، وإن قرب العهد لعمارتها فهي في حكم ما كان عامراً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا كَانَ مِنْ بِلَادِ العَجَمِ صُلْحاً فَمَا كَانَ لَهُمْ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ غَيْرَ مَا صُولِحُوا عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ فَإِنْ صُولِحُوا عَلَى أَنَّ لِلْمُسْلِمِينَ الأَرْضَ وَيَكُونُونَ أَحْرَاراً ثُمَّ عَامَلَهُمُ المُسْلِمُونَ بَعْدُ فَالأَرْضُ كُلُّهَا صُلْحٌ وَخُمُسُهَا لأَهْلِ الخُمْسِ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِجَمَاعَةِ أَهْلِ الفَيْءِ وَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ مَوَاتٍ فَهُوَ كَالمَوَاتِ غَيْرَهُ فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَلَى عَامِرِهَا وَمَوَاتِهَا كَانَ المَوَاتُ مَمْلُوكاً لِمَنْ مَلَكَ العَامِرَ كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ المَوَاتِ مِنْ بِلَادِ المُسْلِمِينَ إِذَا حَازَهُ رَجُلٌ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ما انتقل إلينا من بلاد المشركين ضربان: عنوة وصلحاً، فأما بلاد العنوة فقد ذكرنا حكمها، وأما بلاد الصلح فضربان.

أحدهما: أن يعقد الصلح فيها على بقاء ملكهم عليها وأن يؤدوا عنها خراجاً فهذا جزية تسقط عنهم بإسلامهم، وهو في العامر والموات على ما كانوا عليه قبل الصلح.

والضرب الثاني: أن يعقد الصلح معهم على أن رقاب أرضهم ملكاً للمسلمين وتقر في أيديهم بخراج بادوه عنها، فهذا خراج أجرة لا تسقط عنهم بإسلامهم، ويكون الخراج في الموضعين مصروفاً في أهل الفيء، فأما مواتهم فلا يخلوا أن يضم إلى العامر في الصلح أو بعقل، فإن أعقل ولم يذكر فهو في حكم الموات في بلاد المسلمين، وأرضهم إلى العامر في ملك المسلمين له صار في حكم ما غنم من مواتهم إذا منعوا منه يكون أهل الفيء أولى به، وهل يكونوا أولى به يداً أو ملكاً؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم أولى به يداً، فإن أحياه غيرهم من المسلمين ملك.

والثاني: أنهم أولى به ملكاً فإن أحياه غيرهم لم يملكوا، تعلقاً بظاهر قول الشافعي: كان الموات مملوكاً لمن ملك العامر، ومن قال بالوجه الأول تأول ذلك بتأويلين:

أحدهما: أنه في موات كان عامراً ثم خرب على ما مضى من تقسيم حكمه.

والثاني: أنه جعل ذلك ملكاً للمسلمين لا لمن ملك العامر من أهل الفيء، لأن في الفيء خمس لأهل الخمس وأربعة أخماسه لأهل الفيء وهؤلاء هم كافة أهل الإسلام.

فصل. فأما قول الشافعي رحمه الله: كما يجوز بيع الموات من بلاد المسلمين إذا

أحازه رجل فقد اختلف أصحابنا فيه، فكان أبو إسحاق المروزي يحمل ذلك على ظاهره ويجوز بيع الموات بإحازة المسلم وإن لم يحييه، لأنه قد صار بالإجازة أولى به وكان غيره، وهو الظاهر من مذهب الشافعي يمنع من بيع الموات قبل الإحياء، لأن يده قد ترفع إن أخر الإحياء، وتأولوا قول الشافعي إذا أحازه رجل فعبر عن الإحياء بالإحازة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ عَمِلَ فِي مَعْدِنٍ فِي الأَرْضِ مَلَّكَهَا لِغَيْرِهِ فَمَا خَرَجَ مِنْهُ فَلِمَالِكِهَا وَهُوَ مُتَعَدٍّ بِالعَمَلِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا ملك رجل معدناً ظاهراً أو باطناً إما بإحيائه أو بمغنم حصل في سهمه أو بإقطاع، وقيل يجوز إقطاعه واستدامة ملكه فليس لغيره من الناس أن يشاركه فيه ولا أن يأخذ شيئاً منه، فإن فعل كان متعدياً في حكم الغاصب يسترجع منه ما أخذه إن كان باقياً، ويغرم إن كان تالفاً بمثل ماله مثل وبقيمة ما ليس له مثل، ولا أجرة له في عمله لتعديه به، ومن تعدى في عمل له يستحق عليه عوضاً، وعليه غرم ما أفسد من المعدن بعمله، وكان أبو القاسم الصيمري يرى أن لا تعزيز عليه، تعليلاً بأن أصل المعدن قد كان مباحاً فصارت شبهة، والذي أرى أن يعزر وإن كان الأصل مباحاً قبل الملك كما يقطع في سرقة الأموال المملوكة وإن كانت عن أصول مباحة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَ إِنْ عَمِلَ بِإِذْنِهِ أَوْ عَلَى أَنَّ مَا خَرَجَ مِنْ عَمَلِهِ فَهُوَ لَهُ فَسَوَاءٌ وَأَكْثَرُ هَذَا أَنْ يَكُونَ هِبَةً لَا يَعْرِفُهَا الوَاهِبُ وَلَا المَوْهُوبُ لَهُ وَلَمْ يَجُزْ وَلَمْ يَقْبِضْ وَلِلإِذن الخِيَارُ فِي أَنْ يَتِمَّ ذَلِكَ أَوْ يُرَدَّ وَلَيْسَ كَالدَّابَّةِ يَأْذَنُ فِي رُكُوبِهَا لأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمَا أَعْطَاهُ وَقَبَضَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا ملك معدناً في أرض أحياها أو اشتراها فظهر فيها ثم أن رجلا عمل فيه فأخرج منه قطعاً فلا يخلو أن يكون عمل بإذنه أو بغير إذنه فإن كان بغير إذنه فهو متعدٍ بذلك ولا إجرة له وما أخرجه فلصاحبه، وإن كان ذلك بإذنه فلا يخلوا من أن يأذن له على أن يخرجه العامل لنفسه أو له، فإن أذن له على أن يخرجه له فما يخرجه يكون له، وهل للعامل الأجرة أم لا يكون؟ يحكم فيه كالحاكم في الغسال إذا أعطاه الثوب ليغسله فغسله من غير أن يشترط له أجرة وأما إذا أذن له على أن ما يخرجه العامل فلنفسه دونه، فإن ذلك لا يصح، لأنها هبة مجهولة، والمجهول لا يصح تملكه وكل ما يخرجه فإنه يرده على صاحب المعدن إلا أن يستأنف له هبة بعد الاخراج ويقبضه إياه ولا أجرة للعامل، لأنه عمل لنفسه وإنما تثبت له الأجرة إذا عمل لغيره بإجارة صحيحة أو فاسدة.

فإن قيل: أليس إذا قارضه على أن يكون الربح كله للعامل فعمل وربح، فإن الربح يكون لرب المال وأجرة المثل للمقارض، وها هنا قد عمل لنفسه، لأنه شرط جميع الربح.

فالجواب: أنه ليس كذلك وإنما عمل لغيره، لأن رأس المال ليس له، وإنما هو

لغيره، والبيع والشراء يقع لغيره دونه، فأما في مسألتنا فإن العمل وقع لنفسه ولم يقصد بذلك إلا نفسه فلهذا لم يكن لـه أجرة فـأما إذا استـأجره لإخـراج شيء من المعدن فـإنه ينـظر فإن استأجره مدة معلومة صحت الإجـارة، وإن كان العمـل معلوماً مثـل أن يقول: تحفـر لي كذا وكذا ذراعاً صح ذلك إذا كانت الأجرة معلومة، فأما إذا استأجره لذلك وجعل أجرته جزاءً مما يخرجه من المعدن مثل أن يقول: ثلثه أو ربعه فإن الإجارة فاسدة، لأنها مجهـولة، ولـه أجرة المثل فإن كان ذلك بلفظ الجهالة مثل أن يقول: إن أخرجت منه شيئاً فقد جعلت لـك نصفه أو ثلثه فإنه لا يجوز، لأن الذي جعل له مجهول القـدر وإن جعل معلومـاً فقال: إن أخـرجت منه كذا فقد جعلت لك عشرة دراهم، صح ذلك كما لـو قال: من جـاء بعبدي، أو قـال: إن جئت بعبدي فلك دينار صح ذلك والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «مَنْ مَنَعَ فَضْلَ مَاءٍ لِيَمْنَـعَ بِهِ الْكَـلأَ مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْـلَ رَحْمَتِهِ يَـوْمَ القِيَامَـةِ»قَالَ الشَّـافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَـالَى: «وَلَيْسَ لَـهُ مَنْـعُ المَاشِيَةِ مِنْ فَضْلِ مَائِهِ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَا يُسْقَى بِهِ الزَّرْعُ أَوْ الشَّجَرُ إِلاَّ بِإِذْنِهِ».

قـال الماوردي: وهـذا كما قـال الآبار على ثـلاثة أضـرب: ضرب يحفـره في ملكه، وضرب يحفره في الموات، لتملكه، وضرب يحفر في الموات لا للتملك.

فأما الضرب الأول: وهو إذا حفر بئراً في ملكه فإنمـا نقل ملكـه من ملكه، لأنـه ملك المحل قبل الحفر.

وأما الضرب الثـاني: وهو إذا حفـر بئراً في المـوات ليتملكها فـإنه يملكهـا بالإحيـاء، والإحيـاء أن يبلغ إلى مائهـا، لأن ذلك نيلهـا، وإذا بلغ نيل مـا يحييه ملكـه، وقيل: إن يبلغ الماء يكون ذلك تحجراً وهذا كما قلنا في المعدن الباطن أن تحجيره مـا لم يبلغ النيل، وإذا بلغ النيل كان ذلك إحياء ويملكه، ويفارق المعدن على أحد القـولين، لأن المعدن لا ينتهي عمارته والبئـر تنتهي عمارتهـا فإذا بلغ المـاء تكررت منفعتهـا على صنفيها إذا ثبت هـذا فهل يملك المـاء الذي يحصـل في هذين الضـربين أم لا؟ نص الشـافعي على أنـه يملك، ومن أصحابنا من قال: لا يملك، لأن الماء في البئر لو كان مملوكاً يستبـح بالإجـارة، لأن الأعيان لا تستباح بالإجارة ولأنه لو كان مملوكاً لما جاز بيع دارٍ في بئرها ماء بدارٍ في بئـرها مـاء، لأن الربا يجري في الماء لكونه مطعوماً، ولما جاز ذلك دل على أنه ليس بمملوك، والدليـل على أنـه مملوك أنه نمـاء ملكه فهـو كثمرة الشجـرة، ولأن هذا المـاء معـدن ظهـر في أرضـه فهـو كمعادن الذهب والفضة وغيرها إذا ظهرت في أرضه.

فأما الجـواب عن قولهم لـو كان مملوكـاً لـم يستبح بـالإجارة فهـو أن العين قد تستبـاح بالإجارة إذا دعت الحاجة إليه، ألا ترى أنه يجوز أن تملك بعقد الإجارة على الإرضـاع عين اللبن، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك وجواب آخر وهو أنه إنما جاز أن يستبيحه المستأجر لأنه لا ضرر على المكري في ذلك، لأنه يستخلف في الحال، وما لا ضـرر عليه فيـه فليس له منـع

الغير منه، ألا ترى أنه ليس له أن يمنع أن يستظل بحائطه فكذلك ها هنا.

وأما الجواب عن دليلهم الثاني فهو أن الماء يجري فيه الربا على أحد الوجهين فهو مملوك، ولا يجري فيه الربا على هذا الوجه فكذلك صح البيع، إذا تقرر هذان الوجهان فإن قلنا: إنه مملوك فليس لغيره أن يأخذ شيئاً منه وإن أخذه كان عليه رده على صاحبه فإن قلنا: ليس بمملوك فليس لغيره أيضاً أن يأخذ منه شيئاً لأنه يحتاج أن يتخطى في ملك غيره بغير إذنه فإن تخطى بغير إذنه واستقى من ذلك الماء ملكه، وليس عليه رده كما إذا توغل في أرضه صيد فليس لغيره أن يأخذه، لأنه يحتاج أن يتخطى ملك غيره بغير إذنه، وذلك لا يجوز، فإن خالف وتخطى فأخذو ملكه، وأما إذا أراد أن يبيع منه شيئاً فإن خالف قلنا إنه غير مملوك لم يجز بيع شيء منه حتى يستقيه ويحوزه فيملكه بالحيازة، وإن قلنا: إنه مملوك جاز أن يبيع منه وهو في البئر إذا شاهد المشتري كيلاً أو وزناً، ولا يجوز أن يبيع جميع ما في البئر، لأنه لا يمكن تسليمه إذا كان ببيع ويريد كلما استقى منه شيء فلا يمكن تمييز المبيع من غيره.

وأما الضرب الثالث من الآبار وهو إذا نزل قومٌ موضعاًمن الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا من مائها ويسقوا منه مواشيهم مده مقامهم ولم يقصدوا التملك بالإحياء، فإنهم لا يملكونها، لأن المحيي إنما يملك بالإحياء مدة ما قصد به بملكه فإنه يكون أحق به مدة مقامه فإذا رحل فكل من يسبق إليه كان أحق به وكل موضع قلنا إنه يملك البئر فإنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه فإذا فضل بعد ذلك شيء وجب عليه بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته من السائلة وغيرهم وليس له منع الماء الفاضل عن حاجته حتى لا يتمكن غيره من رعي الكلأ والذي يقرب ذلك الماء، وإنما يجب عليه ذلك لشرب المحتاج إليه وشرب ماشيته فأما لسقي زرعه فلا يجب عليه ذلك ولكن يستحب وقال أبو عبيد بن حربوية: يستحب ذلك لشرب ماشيته وسقي زرعه ولا يجب عليه، ومن الناس من قال: يجب عليه بذله بعوض لشرب الماشية وسقي الزرع فأما بلا عوض فلا، واحتج أبو عبيد بقول النبي ﷺ «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» وقال: ولأنه لو كان كلأ مملوكاً وبجنبه بئر ولا يمكن سقي المواشي من تلك البئر إلا بالرعي في ذلك الكلأ لم يلزمه بذل الفاضل من كلائه، فإن كان منعه يؤدي إلى منع الماء المباح فكذلك إذا كان الماء له، وكان الكلأ مباحاً لم يلزمه بذل الماء، وإن كان المنع يؤدي إلى منع الكلأ المباح، قال: ولأنه لما لم يجب ذلك لسقي زرعه فكذلك لمواشيه.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ قال: من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة وفيه أدلة.

أحدها: أنه توعد على المنع فدل على أن البذل واجب.

والثاني: أنه دل على أن الفاضل هو الذي يجب بذله فأما ما تحتاج إليه الماشية ونفسه وزرعه فلا يجب عليه بذله وهو أحق من غيره.

والثالث: أنه دل على أنه يجب عليه البذل بلا عوض.

والرابع: أنه دل على أنه إنما يجب عليه ذلك للماشية دون غيرها وروى ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ وروى جابر أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء.

فأما الجواب عن الخبر الذي احتج به فهو أن يقول: هو عام وخبرنا خاص فقضى عليه.

وأما ما ذكره من الكلأ فهو أن الفرق بين الماء وبينه من وجهين:

أحدهما: أن الماء إذا أخذ استخلف في الحال ونبع مثله، وليس كذلك الحشيش فإنه إذا أخذ لا يستخلف بدله في الحال.

والثاني: أن الحشيش يتمول في العادة والماء لا يتمول في العادة.

وأما الجواب عن دليله الأخير فهو أن الزرع لا حرمة له، وليس كذلك الحيوان فإن له حرمة، ألا ترى أنه لو عطش زرعه فلم يسقه لم يجبر على ذلك، ولو عطش حيوان أجبر على سقيه، فبان الفرق بينهما إذا ثبت أنه يلزمه البذل لما ذكرنا، فإنه لا يلزمه أن يبذل آلته التي هي البكرة والدلو والحبل، لأنها تبلى بالاستعمال، ولا تستخلف، ويفارق الماء، لأنه يستخلف في الحال بدله.

فصل. فأما الذي قد حازه وجمعه في جبة أو مركبه أو مصنعة فلا يجب عليه بذل شيء منه، وإن كان فاضلاً عن حاجته لأنه لا يستخلف وحكمه كحكم البئر يجب على صاحب العين بذل الفاضل عن حاجته لماشية غيره ولا يلزمه بذله لزرع غيره والله أعلم.

فصل: في المياه وجملته أن الكلام فيها من فصلين:

أحدهما: في ملكها.

والآخر: في السقي منها.

فأما الكلام في ملكها فهي على ثلاثة أضرب مباح، ومملوك، ومختلف فيه.

فأما المباح كما البحر والنهر الكبير كدجلة والفرات والنيل، ومثل العيون النابعة في موات السهل والجبل فكل هذا مباح، ولكل أحد أن يستعمل منه ما أراد كيف شاء.

والأصل فيه ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ» ولأنه حادث في أرض موات فوجب أن يكون مباحاً كالحشيش وإن زاد هذا الماء ودخل أملاك الناس واجتمع فيها لم يملكوه، لأنه لو نزل مطر واجتمع في ملكه فمكث أو فرخ طائر في بستانه أو توحل ظبي في أرضه لم يملكه، وكان بمن حازه، فكذلك الماء، وأما المملوك فكل ما حازه من الماء المباح من قربة أو جرة أو ساقه إلى بركة فجمعه فيها

فهذا مملوك له كسائر المائعات المملوكة ومتى غصب غاصب شيئاً من ذلك وجب رده على صاحبه.

وأما المختلف في كونه مملوكاً فهو كل ما نبع في ملكه من بئر أو عين وقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه مملوك وقد نص عليه في القديم.

والثاني: أنه ليس بمملوك فإذا قلنا: إنه غير مملوك فإنه لا يجوز أن يبيعه ولا شيئاً منه كيلاً ولا وزناً، ولا يجوز أن يبيع جميعه، لأنه لا يقدر على تسليمه فإنه يختلط به غيره، وإذا باع داراً فيها بئر ما لم يدخل الماء في البيع، لأنه مودع فيها غير متصل بها فهو بمنزلة الطعام في الماء في الدار هكذا قال بعض أصحابنا ويحتمل أن يقال: يدخل في الدار تبعاً، ومن قال لا يدخل في البيع تبعاً قال: إذا شرط صح البيع فإن قيل: قد قلتم لا يجوز بيع جميع ما في البئر من الماء وأجزتم ها هنا فما الفرق بينهما؟.

فالجواب أنه إذا باع البئر مع مائها فما يحدث من الماء يكون ملكاً للمشتري ولا يتعذر تسليم المبيع إليه وليس كذلك إذا باع الماء وحده، لأنه لا يمكن تسليم المبيع، لأنه إلى أن يسلم قد بيع فيه ماء آخر فاختلط به.

فصل: وأما السقي منه فإن الماء المباح على ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: هو ماء نهر عظيم مثل دجلة والفرات وغيرهما والناس في السقي منه شرع سواء، ولا يحتاج فيه إلى ترتيب وتقديم وتأخير لكثرته واتساعه.

والثاني: ماء مباح في نهر صغير يأخذ من النهر الكبير ولا يسع جميع الأراضي إذا سقيت في وقت واحد ويقع في التقديم والتأخير نزاع فهذا يقدَّم فيه الأقرب فالأقرب إلى أول النهر الصغير والأصل فيه ما روي أن رجلاً خاصم الزبير في سراح الحرة التي يسقون بها فقال الأنصاري: سرح الماء يمر عليه فأبى عليه الزبير فقال رسول الله ﷺ «اسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إلى جَارِكَ» فغضب الأنصاري، وقال يارسول الله إن كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله ﷺ وقال: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إلى الْجِدْرِ» قال الزبير: فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[النساء ٦٥] الآية فدل هذا على أن الأقرب أولى فإذا استكفى أرسله إلى جاره إلى من يليه، وروي أيضاً أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله ﷺ في مرور السيل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين ثم يحبسه الأعلى عن الأسفل لكي يرسله إليه وأيضاً فإن الأقرب إلى فوهة النهر بمنزلة السابق إلى المشرعة فوجب أن يكون أولى من الذي هو أبعد منه.

وأما تأويل قصة البئر فهو أن النبي ﷺ أمره أولاً بأن لا يستوفي جميع حقه، ويرسل

الماء إلى جاره فلما أساء جاره الأدب أمره النبي ﷺ أن يستوفي في حقه فقال: «احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلَغَ الْجِدْرَ(وهو الحائط)».

فإن قيل: ففي الحديث الآخر أنه علق الحق بأن يبلغ الماء إلى الكعبين، وهذا مخالف لذلك.

قلنا: ليس فيهما خلاف، لأن الماء إذا بلغ الكعبين وكانت الأرض مستوية رجع الماء إلى الجدار.

إذا تقرر هذا فإن الأقرب إلى الفرهة يسقى ويحبس الماء عمن دونه فإذا بلغ الماء الكعبين أرسله إلى جاره وهكذا الأقرب فالأقرب يفعل كلما حبس الماء وبلغ في أرضه إلى الكعبين أرسله إلى من يليه حتى يشرب الأراضي كلها فإن كان زرع الأسفل يهلك إلى أن ينتهي الماء إليه لم يجب على من فوقه إرساله إليه فإذا أحيا على هذا النهر الصغير رجل أرضاً مواتاً هي أقرب إلى فرهة النهر من أراضيهم، فإنهم أحق بمائه فإذا فضل عنهم شيء سقى المحيي منه ولا يقول إن هذا الماء ملك لهم كما إذا جازوه ملكوه، وإنما هو من مرافق ملكهم فكانوا أحق به مع حاجتهم إليه فما فضل منهم كان لمن أحيا على ذلك الماء مواتاً وأما الذي في نهر مملوك فهو أن يحفروا في الموات نهراً صغيراً ليحيوا على مائه أرضاً، فإذا بدوا بالحفر فقد تحجروا إلى أن يصل الحفر بالنهر الكبير الذي يأخذون الماء منه فإذا وصلوا إليه ملكوه كما إذا حفروا بئراً فوصلوا إلى الماء ملكوه، وإذا حفروا معدناً من المعادن الباطنة، وقلنا: يملك في أحد القولين، فإذا وصلوا إلى النيل ملكوه.

إذا ثبت هذا فإنهم يملكونه على قدر نفقاتهم عليه فإن أنفقوا على السواء كان النهر بينهم بالتسوية وإن تفاضلوا كان ملكهم على قدر ما أنفقوا.

فإذا تقرر هذا فإن الماء إذا جرى فيه لم يملكوه كما إذا جرى الفيض إلى ملك رجل واجتمع لم يملكه ولكن يكون أهل النهر أولى به، لأن يدهم عليه وليس لأحد أن يزاحمهم فيه، لأن النهر ملك لهم ولكل واحدٍ منهم أن ينتفع به على قدر الملك لأن الانتفاع به لأجل الملك فإن كان الماء كبيراً يسعهم أن يسقوا من غير قسمة سقوا منه وإن لم يسعهم فإن تهابوا وتراضوا على ذلك جاز لهم ما تراضوا به فإن لم يفعلوا ذلك واختلفوا نَصَبَ الحاكم في موضع القسمة خشبة مستوية الظهر محفرة بقدر حقوقهم، فإن كان لقوم مائة جريب ولآخر عشرة أجربة كانت الحفر إحدى عشر حفرة متساوية فيكون حفرة منها لساقية من له عشرة أجربة والبواقي لأصحاب المائة جريب وذلك قسمة الماء العادلة. والله الموفق للصواب.

كِتَاب العَطَايَا وَالصَّدَقَاتِ وَالحبس
وَمَا دَخَلَ فِي ذَلِكَ مِنْ كِتَابِ السَّائِبَةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: يَجْمَعُ مَا يُعْطِي النَّاسُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ثَلَاثَةُ وُجُوهٍ ثُمَّ يَتَشَعَّبُ كُلُّ وَجْهٍ مِنْهَا فَفِي الحَيَاةِ مِنْهَا وَجْهَانِ وَبَعْدَ المَمَاتِ مِنْهَا وَجْهٌ فَمِمَّا فِي الحَيَاةِ الصَّدَقَاتُ وَاحْتَجَّ فِيهَا بِأَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَلَكَ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ أُصِبْ مَالاً مِثْلَهُ قَطُّ وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «حَبِّسْ الأَصْلَ وَسَبِّلْ الثَّمَرَةَ» قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَلَمَّا أَجَازَ ﷺ أَنْ يُحْبَسَ أَصْلُ المَالِ وَتُسَبَّلَ الثَّمَرَةُ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى إِخْرَاجِهِ الأَصْلَ مِنْ مِلْكِهِ إِلَى أَنْ يَكُونَ مَحْبُوساً لَا يَمْلِكُ مَنْ سَبَلَ عَلَيْهِ ثَمَرَهُ بَيْعَ أَصْلِهِ فَصَارَ هَذَا المَالُ مُبَايِناً لِمَا سِوَاهُ وَمُجَامِعاً لِأَنْ يَخْرُجَ العَبْدُ مِنْ مِلْكِهِ بِالْعِتْقِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إِلَى غَيْرِ مَالِكٍ فَمِلْكُهُ بِذَلِكَ مَنْفَعَةُ نَفْسِهِ لَا رَقَبَتِهِ كَمَا يَمْلِكُ المُحَبَّسُ عَلَيْهِ مَنْفَعَةَ المَالِ لَا رَقَبَتَهُ وَ مُحَرَّمٌ عَلَى المُحْبِسِ أَنْ يَمْلِكَ المَالَ كَمَا مُحَرَّمٌ عَلَى المُعْتِقِ أَنْ يَمْلِكَ العَبْدَ وَيَتِمَّ الحَبْسُ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هُوَ المُصَدِّقُ بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَمْ يَزَلْ يَلِي صَدَقَتَهُ فِيمَا بَلَغَنَا حَتَّى قَبَضَهُ اللَّهُ وَلَمْ يَزَلْ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَلِي صَدَقَتَهُ حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ تَعَالَى وَلَمْ تَزَلْ فَاطِمَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَلِي صَدَقَتَهَا حَتَّى لَقِيَتِ اللَّهَ وَرَوَى الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ حَدِيثاً ذَكَرَ فِيهِ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَصَدَّقَتْ بِمَالِهَا عَلَى بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ وَأَنَّ عَلِيًّا كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ تَصَدَّقَ عَلَيْهِمْ وَأَدْخَلَ مَعَهُمْ غَيْرَهُمْ».

فأما الذي يكون بعد الوفاة فهو الوصية ولها كتاب مفرد نذكرها فيه إن شاء الله، وأما اللذان في حال الحياة فهما الهبة، والوقف، فأما الهبة فلها باب يجيء فيما بعد، وأما الوقف فهذا موضعه فالوقف يحبس الأصل ويسبل المنفعة، وجمعه وقوف وأوقاف، فإذا وقف شيئاً زال ملكه عنه بنفس الوقف ولزم الوقف، فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك ولا التصرف فيه ببيع ولا هبة، ولا يجوز لأحد من ورثته التصرف فيه، وليس من شرطه لزوم القبض ولا حكم الحاكم وهو قول الفقهاء أجمع، وهو قول أبي سفيان ومحمد غير أن محمداً يقول: من شرط لزومه القبض، وروى عيسى بن أبان أَنَّ أَبَا يُوسُفَ لَمَّا قَدِمَ بَغْدَادَ كَانَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي بَيْعِ الأَوْقَافِ حَتَّى حَدَّثَهُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ عَلِيَّةَ بِحَدِيثِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ: هَذَا لَايَسَعُ أَحَدٌ خِلَافُهُ.

وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بالوقف لزم، وإن لم يحكم به لم يلزم، وكان الواقف بالخيار إن شاء باعه أو وهبه، وإن مات ورثه ورثته، وإن أوصى بالوقف يلزم في الثلث قال القاضي: قد ناقض أبو حنيفة في هذا؛ لأنه جعل الوقف لازماً في ثلثه في حال مرضه المخوف إذا أنجزه ولم يؤخره ولا لازماً في جميع ماله في حال صحته، لأن كل ما لزم في الثلث بوصية لزم فيه في مرضه إذا أنجزه وفي جميع ماله في حال صحته مثل العتق فإنه إذا أوصى به لزم في ثلثه، وإذا أنجزه في مرضه لزم في ثلثه، وإذا أنجزه في حال صحته لزم في جميع ماله واحتج بأشياء.

أحدها: ما روي عن ابن عباس قال لما نزلت سورة النساء وفرض فيها الفرائض قال رسول الله ﷺ «لاَ حَبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النِّسَاءَ».

وروي أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ زَيْدٍ صَاحِبَ الأَذَانِ جَعَلَ حَائِطاً لَهُ صَدَقَةً وَجَعَلَهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ«فَأَتَى أَبَوَاهُ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالاَ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ يَكُنْ لَنَا عَيْشٌ إِلاَّ هَذَا الْحَائِطَ فَرَدَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ مَاتَا فَوَرِثْهُمَا» فدل هذا على أن وقفه إياه لم يخرجه من ملكه، ولو كان قد أخرجه عن ملكه لم يصح الرد على أبويه وروي عن شريح قال: جَاءَ مُحَمَّدٌ ﷺ بِإِطْلاَقِ الْحَبْسِ.

وروي عن سلمان بن زيد عن أبيه أَنَّ رَجُلاً وَقَفَ وَقْفاً فَأَبْطَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فلو كان قد لزم لم يصح إبطاله ومن القياس أنه قصد إخراج ماله عن ملكه على وجه الصدقة فوجب أن لا يلزم لمجدد القول.

أصله: صدقة التمليك، ولأنه عقد على منفعة فوجب أن لا يزول به الملك عن الرقبة قياساً على الإجارة، ولأنه لو قال هذه الأرض محرمة لا تورث ولا تباع ولا توهب لم يصر وقفاً ولم يزل ملكه عنها وقد اتى بصريح معنى الوقف فإذا قال وقفتها أو حبستها أولى أن لا يزول ملكه عنها.

ودليلنا ما روى ابن عمر أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَلَكَ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ اشْتَرَاهَا فَلَمَّا اسْتَجْمَعَهَا قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ مَالاً لَمْ أُصِبْ مَالاً قَطُّ مِثْلَهُ وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «حَبِّسْ الأَصْلَ وَسَبِّلْ الثَّمَرَةَ» وفي حديث آخر أن النبي ﷺ قال له: «إِنْ شِئْتَ تَصَدَّقْتَ بِهَا وَحَبَسْتَ أَصْلَهَا» فجعلها عمر على الفقراء، والمساكين، والغزاة في سبيل الله، وفي الرقاب، وابن السبيل، ولا جناح على من ولاها إن أكل منها بالمعروف ويطعم صديقه غير متمول، وأوصى بها إلى حفصة، ثم إلى الأكابر من أولاد عمر والتعلق بهذا الحديث من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ أمره بأن يحبس الأصول، وعند المخالف لا يقع تحبيس الأصل بحال، فإن قيل: بل يصح منه، لأنه يقف ويرفع ذلك إلى النبي ﷺ حتى يحكم به، فإذا حكم به لزم قيل: فلا يكون ذلك اللزوم من جهته إنما يكون من جهة الحاكم بالحكم، كما يكون ذلك في جميع مسائل الخلاف، وعلى أنه لم ينقل أن عمر رفع ذلك إلى النبي ﷺ وحكم به، ولو كان فعل ذلك لنقل، لأنه أولى بالنقل من غيره.

والتعلق الثاني: بالخبر أن عمر جعلها صدقة ثم ذكر أحكامها فقال: لا تباع، ولا توهب، ولا تورث فدل ذلك على أن هذه الأحكام تتعلق بها إذا صارت صدقة وإن لم يحكم بها الحاكم، ويدل على ذلك إجماع الصحابة، لأن أبا بكر وعمر، وعثمان، وعلياً، وطلحة، والزبير، وأنساً،وأبا الدرداء، وعبد الرحمن بن عوف، وفاطمة وغيرهم وقفوا دوراً وبساتين ولم ينقل عن أحد منهم أنه رجع في وقفه فباع منه شيئاً ولا عن أحد من ورثتهم مع اختلاف هممهم، فلو كان ذلك جائزاً لنقل عن أحد منهم الرجوع.

ومن القياس: أنه تصرف يلزم بالوصية فجاز أن يلزم في حال الحياة من غير حكم الحاكم.

أصله: إذا بنى مسجداً فإنه يلزم من غير حكم الحاكم، وقد قال أبو حنيفة: إذا أذن لقوم فصلوا فيه صار محبساً وثبت وقفه، وكذلك إذا عمل مقبرة وأراد أن يقفها فأذن لقوم فدفنوا فيها ثبت الوقف، ولأنه إزالة ملك يلزم بحكم الحاكم فجاز أن يلزم بغير حكمه.

أصله: سائر أنواع التصرف التي تزيل الملك.

فأما الجواب عن حديث ابن عباس فمن وجهين:

أحدهما: أنه أراد حبس الزانية، وذلك قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾ [النساء ١٥] وقد بين النبي ﷺ السبيل فقال البِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مَائِةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مَائَةٍ وَالرجم.

والثاني: أنه أراد به ما ينبه في آخر وهو قوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍ حَقَّهُ فَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ﴾ فكأنه قال: لا يحبس عن وارث شيء جعله الله له.

وأما الجواب عن حديث عبد الله بن زيد: فهو أن ذلك الحائط ما كان له إنما كان لأبويه بدليل أنه روي عن الخبر«مَاتَا فَوَرِثَهُمَا».

وأما الجواب عن حديث شريح فهو أن نقول: هذا مرسل، لأن شريحاً تابعي، ولا

نقول بالمراسيل أو نقول أراد بذلك الأحباس التي كانت تفعلها الجاهلية، وقد ذكرها الله تعالى في كتابه العزيز فقال: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيْرَةٍ﴾[المائدة ١٣].

وأما الجواب عن الخبر فهو أنه لا حجة فيه، لأنه يجوز أن يكون ذلك الوقف ما صح لمعنى عرض فيه فرده لذلك المعنى، وذلك الرد لا يدل على بطلان الحبس كما لو روي أَنَّ رَجُلاً بَاعَ بَيْعاً فَرَدَّهُ رَسُولُ ﷺ لم يدل ذلك على أن حبس البيع باطل.

وأما قياسهم على صدقة التمليك فإنا نقلبه، فنقول: فوجب أن يكون وجود حكم الحاكم وعدمه سواء.

أصله: ما ذكروه ثم لا يمتنع أن لا يلزم بمجرد القول إذا أخرجه بلفظ الصدقة، وإذا أخرجه بلفظ الوقف لزم ألا ترى أن هبة العبد لا تلزم بمجرد القول، وعتقه يلزم بمجرد القول، وأما قياسهم على عقد الإجارة فهو إنا لا نسلم أنه عقد على منفعة وإنما هو عقد على الرقبة، لأن الوقف مزيل الملك عن الرقبة فهو كالعتق، وأما استدلالهم الأخير فهو أنه لا يمتنع أن لا يلزم إذا أتى بصريح المعنى، ويلزم إذا أتي بلفظة كما إذا قال عن عقد النكاح أحللت لك هذه المرأة وأبحتها لك لم يصح النكاح وقد صرح بمعناه ولو قال زوجتك أو أنكحتك جاز ذلك والله أعلم.

فصل: ذكر أصحابنا تفسير السائبة، والبحيرة، والوصيلة، والحام، فأما السائبة فهي الناقة تلد عشرة بطون كلها إناث فتسيب تلك الناقة فلا تحلب إلا للضيف ولا تركب، والبحيرة: ولدها الذي يجيء به في البطن الحادي عشر فإذا كان أنثى فهي البحيرة، وإنما سموها بذلك، لأنهم كانوا ينحرون أذنها أي يشقونها، والنحر الشق، ولهذا سموا البحر بحراً لأنه شق في الأرض.

وأما الوصيلة فهي الشاة تلد خمسة بطن في كل بطن عناقان فإذا ولدت بطناً سادساً ذكراً أو أنثى قالوا وصلت أخاها فما ولدت بعد ذلك يكون حلالاً للذكور وحراماً للإناث وأما الحام فهو الفحل ينتج من ظهره عشرة بطون فيسيب ويقال: حمى ظهره فكان لا يركب.

فصل: ليس من شرط لزوم الوقف عندنا القبض وقال محمد بن الحسن: من شرط لزومه القبض كالهبة.

ودليلنا قول النبي ﷺ لعمر «حَبِّس الأَصْلِ وَسَبل الثَّمَرَةِ» ولم يأمره بالإقباض ولأنه جعل إليه التحبيس، وعند المخالف لا يملك الواقف التحبيس، لأنه لا تصير بوقفه لازماً حتى يقبضه من غيره وذلك سبب من جهة غيره، ولأن عمر وقف تلك السهام التي ملكها من أرض خيبر فكان يلي صدقته حتى قبضه الله، وكذلك وقف عليّ كرم الله وجهه ولم يزل يلي

صدقته حتى قبضه الله عز وجل ولم تزل فاطمة عليها السلام تلي صدقتها حتى لقيت الله، فدل ذلك على أن الوقف يلزم قبل القبض، فأما ما ذكره المخالف فهو أنا لا نسلم أنه عطية، لأن الوقف بمنزلة العتق، والعتق والعقد لا يسمى عطية، فكذلك الوقف، ثم المعنى في الأصل إن ذلك تمليك بدليل أن الموهوب له يملك التصرف في الموهوب بالبيع وغيره، وليس كذلك الوقف، لأنه ليس بتمليك بدليل أن الموقوف عليه لا يملك التصرف فيه ببيع ولا غيره.

فصل: إذا وقف أرضاً أو داراً فالمذهب الصحيح أن ملك الواقف يزول عن الموقوف بالوقف كما يزول بالبيع وغيره وخرج أبو العباس فيه قولاً آخر أنه لا يزول ملكه، واحتج من نصره بقول النبي ﷺ «حَبِّسَ الأَصْلِ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةِ» وتحبيس الأصل يدل على بقاء الملك، وهذا غلط، لأن الوقف سبب بقطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة فوجب أن يزيل الملك، والدليل عليه البيع والعتق وغيرهما.

وإن الجواب عما ذكروه فهو أن المراد به التحبيس ذكره أبو العباس، فإذا ثبت أن ملك الواقف يزول عن الموقوف فهل يزول إلى الموقوف عليه فيملكه أو ينتقل ملكه إلى الله تعالى؟ اختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طرق منهم من قال المسألة على قولين:

أحدهما: أن الملك ينتقل إلى الله تعالى ولا ينتقل إلى الموقوف عليه والذي يدل عليه من كلام الشافعي في هذا الباب أنه قال: كما يملك المحبس عليه منفعة المال لا رقبته.

والقول الآخر: أنه ينتقل إلى الموقوف عليه، والذي يدل عليه من كلام الشافعي أنه ذكر من كتاب الشهادات أن الرجل إذا أوعى وقفاً عليه فأقام شاهداً أو أحداً حلف معه، وهذا يدل على أن الملك قد انتقل إليه وخالف ذلك العتق، لأنه لا يقبل فيه اليمين والشاهد، فلو ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام على ذلك شاهداً واحداً لم يحلف معه فإذا تقرر القولان، فإن قال إنه ينتقل الملك إلى الموقوف عليه فوجهه أن الوقف لا يخرج الموقوف عن المالية، ألا ترى أنه يطعن بالغصب ويثبت عليه اليد وليس فيه أكثر من أنه لا يملك بيعه، وذلك لا يدل على أنه ما ملكه لأن السيد لا يبيع أم الولد وهي ملك له، وإذا قلنا: إن الملك ينتقل إلى الله تعالى، فوجهه أنه إزالة ملك عن الرقبة والمنفعة على وجه التقرب إلى الله تعالى فوجب أن ينتقل الملك إليه كالعتق.

والجواب عن دليل القول الأول هو أنه ينتقض بحصير المسجد فإنها تضمن باليد وليست ملكاً لأحد من الآدميين وأما الطريقة الثانية من أصحابنا من قال أن الملك ينتقل إلى الله تعالى قولاً واحداً كما ذكر الشافعي ها هنا وما ذكروه في الشهادات من قبول الشاهد واليمين على الوقف فإن ذلك لا يدل على أن الملك قد انتقل إلى الموقوف عليه، لأن الوقف وإن كان ينتقل ملكه إلى الله تعالى فإن المقصود به انتفاع الموقوف عليه فإن كان داراً

فالمقصود به أن يأخذ غلته وإن كان بستاناً فالمقصود به أن يأخذ ثمرته، وذلك المقصود مال، وكلما كان المقصود به مالاً قبل فيه الشاهد واليمين، وأما الطريقة الثالثة فإن من أصحابنا من قال: إن الملك ينتقل إلى الموقوف عليه قولاً واحداً، والذي ذكره الشافعي ها هنا فإنما أراد به لا يملك بيع الموقوف كما لا يملك العتق بيع رقبته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَبَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَاتُ الْمَفْرُوضَاتُ وَلَقَدْ حَفِظْنَا الصَّدَقَاتِ عَنْ عَدَدٍ كَثِيرٍ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالأَنْصَارِ وَلَقَدْ حَكَى لِي عَدَدٌ مِنْ أَوْلَادِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ أَنَّهُمْ كَانُوا يَتَوَلَّوْنَهَا حَتَّى مَاتُوا يَنْقُلُ ذَلِكَ الْعَامَّةُ مِنْهُمْ عَنِ الْعَامَّةِ لَا يَخْتَلِفُونَ فِيهِ(قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَإِنَّ أَكْثَرَ مَا عِنْدَنَا بِالْمَدِينَةِ وَمَكَّةَ مِنَ الصَّدَقَاتِ لِعَلِيٍّ مَا وَصَفْتُ لَمْ يَزَلْ مِنْ تَصَدَّقَ بِهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنَ السَّلَفِ يَلُونَهَا عَلَى مَنْ مَاتُوا وَإِنْ نُقِلَ الْحَدِيثُ فِيهَا كَالتَّكَلُّفِ(قَالَ) واحْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِحَدِيثِ شُرَيْحٍ أَنَّ مُحَمَّداً ﷺ جَاءَ بِإِطْلَاقِ الْحَبْسِ فَقَالَ الشَّافِعِيُّ الْحَبْسُ الَّذِي جَاءَ بِإِطْلَاقِهِ ﷺ لَوْ كَانَ حَدِيثاً ثَابِتاً كَانَ عَلَى مَا كَانَتِ الْعَرَبُ تَحْبِسُ مِنَ الْبَحِيرَةِ وَالْوَصِيلَةِ وَالْحَامِ لأَنَّهَا كَانَتْ أَحْبَاسَهُمْ وَلَا نَعْلَمُ جَاهِلِيًّا حَبَسَ دَاراً عَلَى وَلَدٍ وَلَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا عَلَى مَسَاكِينَ وَأَجَازَ النَّبِيُّ ﷺ لِعُمَرَ الْحَبْسَ عَلَى مَا رَوَيْنَا وَالَّذِي جَاءَ بِإِطْلَاقِهِ غَيْرُ الْحَبْسِ الَّذِي أَجَازَهُ ﷺ(قَالَ) وَاحْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِقَوْلِ شُرَيْحٍ لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ(قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: لَوْ جَعَلَ عَرَصَةً لَهُ مَسْجِداً لَا تَكُونُ حَبْساً عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى فَكَذَلِكَ مَا أَخْرَجَ مِنْ مَالِهِ فَلَيْسَ بِحَبْسٍ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: جملة ذلك أن الناس على ثلاثة أضرب:

النبي ﷺ، وأهل بيته، وسائر الناس.

فأما النبي ﷺ: فكانت الصدقة المفروضة محرمة عليه بدليل قوله عليه السلام: «إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لَا يَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ»، وروي أنه عليه السلام رأى ثمرة ملقاة فقال: «لَوْلَا أَنِّي أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ لأَكَلْتُهَا» ولأن الصدقات أوساخ الناس، وما كان من أوساخ الناس فإن النبي ﷺ منزه عنه.

وأما صدقة التطوع فكان النبي ﷺ لا يقبلها وروي أن سلمان الفارسي حمل إليه تمراً في طَبقٍ فقال: ما هذا قال: صدقة فرده، ثم حمل إليه يوماً آخر مثل ذلك فقال: مَا هَذَا قال: هَدِيَّةٌ فقبله، وروي أنه ﷺ أَكَلَ مِنْ لَحْمٍ تَصَدَّقَ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ وَقَالَ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ» وهل كان ذلك الامتناع لأجل التحريم أو لأجل الاستحباب؟ فيه قولان:

أحدهما: لأجل التحريم، لأنه رد الصدقة على سلمان، ولو لم تكن محرمة عليه لما ردها ولكان يطيب قلبه بقبولها والذي يدل على ذلك أنه قال للصعب بن جثامة لما رد حماره الذي أهداه إليه ورأى الكراهة في وجهه ليس بنا رد عليك وكلنا حرم، ويدل عليه

قوله ﷺ في اللحم الذي تصدق بـه على بريـرة «هُوَ لَهَـا صَدَقَـةٌ وَلَنَا هَـدِيَّةٌ» وروي عنـه عليه السلام أنه قال: «إِنَّا أَهْل بَيْتٍ لاَ يحلّ لَنَا الصَّدَقَة» وهذا عام، وإذا قلنا: إن ذلك الامتناع كان على وجه التنزه لا التحريم فوجهه: أن كل من حلت له الهدية حلت له الصدقة المتـطوع بها لغيره ﷺ ولأن أهل بيته يحرم عليهم الصدقة المفروضة وتحل لهم الصدقـة المتطوع بهـا، وكذلك النبي ﷺ.

فأما أهل بيته: فالصدقة المفروضة محرمة عليهم بدليل قوله ﷺ «إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لاَ تُحِلُّ لَنَـا الصَّدَقَـةُ» وقولـه للفضـل «فِي خُمْسِ الْخُمْسِ مَا يُغْنِيكُمْ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ» وروي أن الحسن أخذ ثمرة من الصدقة فأكلها فقال النبي ﷺ كَخٍ كَخٍ يعني إرم بها وأما صدقة التطوع فكانت حلالاً لهم.

والدليل عليه ما روى الشافعي عن جعفر بن محمد أنه كـان يشرب من مـاء السقايـات التي بين مكة والمدينة. فقيل له في ذلك فقال: «إِنَّمَا حُرِمَتْ عَلَيْنَا الصَّدَقَةُ المَفْرُوضَةُ».

فإذا ثبت هذا فنعني بأهل البيت رسول الله ﷺ وبذوي القربى بني هاشم وبني المطلب فهم الذين يحرم عليهم الصدقة المفروضة وهـم ذوي القـربى فأمـا آل رسول الله ﷺ الـذين يـذكرون في التشهـد فقد قيـل هم بنو هـاشم وبنو المـطلب وقيل: هم المؤمنون كلهم فـآل الرجل: أتباعه وأشياعه كمـا قال الله تعـالى: «أَدخِلُوا آلَ فِرْعَوْنَ أَشَدَّ الْعَـذَابِ»[غافر ٤٦] وأراد بـه أشياع فـرعون، وأمـا سائـر الناس فتحـل الصدقـات كلها عليهم المفروضـة وغيـر المفروضة والله أعلم بالصواب.

مسـألة: **قَـالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَجُـوزُ الحَبْسُ فِي الرَّقِيقِ وَالمَـاشِيَةِ إِذَا عُرِفَتْ بِعَيْنِهَا قِيَاساً عَلَى النَّخْلِ وَالدُّورِ وَالأَرْضِينَ».

قال الماوردي: وهـذا كما قـال يجوز وقف العقـار والدور والأرض والـرقيق والماشيـة والسلاح وكل عين تبقى بقاء متصلاً ويمكن الانتفاع بها.

وقـال أبو يـوسف: لا يجوز إلا في الأراضي والـدور والكراع والسـلاح والغلمان فـأما وقف الغلمان وغيرهـم من الحيـوان على الانفراد فلا تصح واحتـج من نصره مـا عدا الأرض والدور لا يثبت فيه الشفعة ولا يستحق بالشفعة فلم يصح وقفه كالأطعمـة والسمومـات ودليلنا ما روي أَنَّ أُمَّ مَعْقَل جَاءَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ يَارَسُولُ اللَّهِ إِنَّ أَبَا مَعْقَلَ جَعَلَ نَاضِحَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ أَفَأَرْكَبُهُ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «أركبيه فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللَّهِ» وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ عُمَرَ سَاعِياً فَلَمَّا رَجَعَ ثَلاَثَةٌ أَحَلَهُمْ خَالِدُ بْنَ الْوَلِيدِ أَمَّا خَالِدَ فَإِنَّكُمْ تَظْلِمُونَ خَالِداً إِنَّهُ قَدْ حَبَسَ أَدْرُعَهُ وَأَعْبُدَهُ وَمَن وَجه المعنى أنها عين تجوز بيعها ويمكن الانتفـاع بها مع بقائها المتصل فجاز وقفها كالدور. وقولنا: «عين» احترازها يكون في الذمة لأنه لو كان لـه في ذمة رجل حيـوان من مسلم أو غيره مـوقفه لـم يصـح. وقولنـا: «يجوز بيعـه» احتراز من أم الولد والحر. وقولنا: «يمكن الانتفاع بها» احتراز من الحشرات التي لا ينتفع بها. وقولنا: «مع

بقائها المتصل» احتراز من الطعام فإنه ينتفع به ولكنه سلف بالانتفاع. وقولنا «المتصل» احتراز من السمومات فإنه لا يتصل بقاؤها وإنما تبقى يوماً ويومين وثلاثة فقط، ولأن كل ما جاز وقفه تبعاً لغيره جاز وقفه منفرداً كالشجرة لأنها وقف تبعاً للأرض وتوقف منفردة عنها، ولأن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليه وهذا المعنى موجود فيما عدا الأرض والعقار فجاز وقفه.

فأما الجواب عما ذكروه فهو أنه منتقض بالكراع والسلاح فإنه لا يثبت فيه الشفعة ويصح وقفه، ثم إن الشفعة إنما اختصت بالأرض والعقار، لأنه إنما تثبت لإزالة الضرر الذي يلحق الشريك على الدوام، وإنما يدوم الضرر فيما لا ينفك وما ينفك فلا يدوم الضرر فيه فلهذا لم يثبت فيه الشفعة وليس كذلك الوقف، لأنه إنما جاز الانتفاع الموقوف عليه، وهذا المعنى موجود فيما ينفك ويحول إذا كان على الأوصاف التي ذكرناها فجاز وقفه إذا ثبت هذا فكل عين جاز بيعها وأمكن الانتفاع بها مع بقائها المتصل فإنه يجوز وقفها إذا كانت معينة، فأما إذا كانت في الذمة أو مطلقة وهو أن يقول وقفت فرساً أو عبد فإن ذلك لا يجوز، لأنه لا يمكن الانتفاع به ما لم يتعين ولا يمكن تسليمه ولهذا قلنا لا يجوز أن يبيع ثوباً مطلقاً لأنه لا يمكن تسليمه والإخبار عليه.

فأما الكلب فالذي نصّ عليه الشافعي أنه لا يجوز وقفه، لأنه ليس بمال.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا قَالَ تَصَدَّقْتُ بِدَارِي عَلَى قَوْمٍ أَوْ رَجُلٍ مَعْرُوفٍ حَيٍّ يَوْمَ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ وَقَالَ صَدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ أَوْ قَالَ مَوْقُوفَةٌ أَوْ قَالَ صَدَقَةٌ مُسَبَّلَةٌ فَقَدْ خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ فَلَا تَعُودُ مِيرَاثاً أَبَداً».

قال الماوردي: وهذا كما قال ألفاظ الوقف ستة: تصدقت ووقفت وحبست لأن التصدق يحتمل الوقف ويحتمل صدقة التمليك المتطوع بها ويحتمل الصدقة المفروضة فإذا قرنه بقرينة تدل على الوقف انصرف إلى الوقف وانقطع الاحتمال والقرينة أن يقول: تصدقت صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة، أو يقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، لأن هذه كلها تصرف إلى الوقف وكذلك إذا نوى الوقف انصرف إلى الوقف فيما بينه وبين الله تعالى لا يصير وقفاً من الحكم، فإذا أقر بأنه نوى الوقف صار وقفاً في الحكم حينئذ كما قال أنت حل ونوى الطلاق وقع فيما بينه وبين الله تعالى فإذا أقرت بالنية وقع الطلاق في الحكم فأما إذا قال وقفت كان ذلك صريحاً فيه، لأن الشرع قد ورد بها حيث قال ﷺ لعمر: «حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ» وعرف الشرع بمنزلة عرف العادة فأما إذا قال حرمت وبدت ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما كنايتان لأنه ما ورد بهما لأنهما لا يستعملان إلا في الوقف ولا يحتملان شيئاً آخر فإذا قلنا إنهما صريحان فيه فالحاكم على ما ذكرنا وإذا قلنا كنايتان فلا بد من القرينة أو النية على ما ذكرنا فيما هو كناية من ألفاظه والله أعلم.

فصل: وأما ما اختلف فيه فلفظان التحريم والتأبيد، فإذا قال حرمتها أو أبدتها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يكون كناية لاحتماله أن يريد بتحريم الوقف أو يريد تحريم التصرف.

والوجه الثاني: يكون صريح، لأن ذلك هو الوقف من الصريح.

فصل: وقف المشاع يجوز وقال محمد بن الحسن لا يجوز بناء على أصله من أن رهنه وإحازته لا تجوز.

ودليلنا: ما روي أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَلَكَ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَفقال رسول الله ﷺ «حَبِّسَ الأَصْلَ وَسَبِّلَ الثَّمَرَة» فوقفها بأمره وكانت مشاعاً، ولأن ما صح بيعه من ذوات المنافع الباقية صح وقفه كالمحوز ولأنه عقد صح آخره والمشاع كالبيع.

فصل: وقف الدرهم والدنانير لا يجوز وقفها لاستهلاكها فكانت كالطعام وروى أبو ثور عن الشافعي جواز وقفها وهذه الرواية محمولة على وقفها على أن يؤاجرها لمنافعها لا لاستهلاكها بأعيانها فكأنه أراد وقف المنافع وذلك لم يجز وإن وقفها للإجارة والانتفاع الباقي فعلى وجهين كما قلنا في الإجارة.

وأما وقف الحلى فجائز لا يختلف لجواز أجارته أو مكان الانتفاع به مع بقاء عينه.

فصل: أرض الخراج ضربان:

أحدهما: أن تكون مملوكة الدوار فيكون خراجها جزية تسقط عنها بالإسلام ويجوز وقفها لكونها ملكاً تاماً لوقفها.

والضرب الثاني: أن تكون غير مملوكة الدوار كأرض السواد فخراجها أجرة ووقفها لا يجوز وأجازه أهل العراق على أصلهم في جواز بيعها، وهو أصلنا في المنع من وقفها، أو لا يجوز عندنا بيعها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «يَجُوزُ أَنْ يُخْرِجُهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلَى مَالِكِ مَنْفَعَةٍ يَوْمَ يُخْرِجُهَا إِلَيْهِ فَإِنْ لَمْ يُسْبِلْهَا عَلَى مَنْ بَعْدَهُمْ كَانَتْ مُحَرَّمَةً أَبَداً فَإِذَا انْقَرَضَ الْمُتَصَدَّقُ بِهَا عَلَيْهِ كَانَتْ مُحَرَّمَةً أَبَداً وَرَدَدْنَاهَا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالَّذِي تَصَدَّقَ بِهَا يَوْمَ تَرْجِعُ».

قال الماوردي: اعلم أن الوقف ملحق بالهبات في أصله، وبالوصايا في فرعه، وليس كالهبات المحضة، لأنه قد يدخل فيها من ليس بموجود ولا كالوصايا، لأنه لا بد فيها من أصل موجودة، ثم اعلم أن صحة الوقف من يجوز وقفه وما يجوز وقفه معتبر بخمسة شروط:

أحدها: أن يكون معروف السبيل، ليعلم مصرفه وجهة استحقاقه فإن قال: وقفته على

ما شاء زيد، وهكذا لو قال وقفته على ما شاء زيد، كان باطلاً، وهكذا لو قال وقفته فيما شاء الله، كان باطلاً؛ لأنه لا يعلم مشيئة الله تعالى فيه، فلو قال: وقفته على من شئت، أو فيما شئت، فإن كان قد تعين له من شاء، أو ما شاء عند وقفه جاز، وأخذ بيانه، وإن لم يتعين له لم يجز، لأنهم إذا تعينوا له عند مشيئته فالسبيل معروفة عند واقفه يؤخذ بيانها، وإذا لم يتعينوا فهي مجهولة كورود ذلك إلى مشيئة غيره، فهي مجهولة عنده، وإن كانت معينة عند غيره، فلو قال: وقفت هذه الدار ولم يزد على هذا ففي الوقف وجهان:

أحدهما: باطل وهو الأقيس للجهل باستحقاق المصرف.

والوجه الثاني: جائز وفي مصرفه ثلاثة أوجه حكاهم ابن سريج.

أحدهما: وهو الأصح أنه يصرف إلى الفقراء والمساكين، لأن مقصود الوقف القربى، ومقصود القربى في الفقراء والمساكين، فصار كما لو وصى بإخراج ثلث ماله ولم يذكر في أي الجهات صرف في الفقراء والمساكين، ويكون أقرب الناس نسباً وداراً من ذوي الحاجة أحق بها.

والثاني: أنه يصرف في وجوه الخير والبر لعموم النفع بها.

والثالث: وهو مذهب له أن الأصل وقف والمنفعة له، ولورثته، وورثة ورثته ما بقوا، فإذا انقرضوا كانت في مصالح المسلمين فكأنه وقف الأصل واستبقى المنفعة لنفسه ولورثته.

وإن قيل: فلو قال وقفتها على من يولد لي وليس له ولداً يجوز.

قيل لا، والفرق بينهما أنه مع الإطلاق قد يحمل بالعرف على جهة موجودة ومع تعيين الحمل قد حمله على جهة غير موجودة.

فلو قال: وقفتها على جميع المسلمين أو جميع الخلق أو على كل شيء فهو وقف باطل لعلتين:

أحدهما: أن الوقف ما كان سبيل مخصوص الجهات لتعرف وليس كذلك هذا.

والعلة الثانية: أنه لا يملك استيفاء هذا الشرط، ولو وقفها على الفقراء والمساكين جاز وإن لم يمكن وقفها إلى جميعهم لأمرين:

أحدهما: أن الجهة مخصوصة.

والثاني: أن عرف الشرع فيهم لا يوجب استيعاب جميعهم كالزكاوات، ولو وقفها على قبيلة لا يمكن استيفاء جميعهم كوقفه إياها على ربيعة أو مضر أو على بني تميم ففيه وجهان:

أحدهما: أن الوقف باطل تعليلاً بأن استيفاء جميعهم غير ممكن وليس في الشرع لهم عرف.

والثاني: أن الوقف جائز تعليلاً بأن الجهة مخصوصة معروفة ويدفع إلى من أمكن منهم كالفقراء والمساكين، وهذا حكم الشرط الأول وما يتفرع عليه.

فصل: والشرط الثاني: أن تكون مسبلة مؤبدة لا تنقطع، فإن قدره بمدة بأن قال: وقفت داري على زيد سنة لم يجز، وأجازة ما ملك، وبه قال أبو العباس بن سريج، فقال: لأنه لما جاز له أن يتقرب بكل ماله وببعضه جاز له أن يتقرب به في كل الزمان وفي بعضه، قال أبو العباس وإن قيل فهذه عارية وليست وقفاً.

قيل له: ليس كذلك فإن العارية يرجع فيها وهذه لا رجعة فيها، أو هذا خطأ لقوله ﷺ «حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ» وهذا أصل غير محبس ولأنه لو جاز أن يكون وقف إلى مدة لجاز أن يكون عتق إلى مدة، ولأنه لو جرى مجرى الهبات فليس في الهبات رجوع وإن جرى مجرى الوصايا والصدقات فليس فيها . د زوال الملك رجوع، ولهذا فرقنا بين أن يقف بعض ماله فيجوز، وبين أن يقف في بعض الزمان فلا يجوز، لأنه ليس في وقف بعض ماله رجوع في الوقف، وفي وقفه في بعض الزمان رجوع في الوقف، وإذا صح أن الوقف إلى مدة لا يجوز فكذلك الوقف المتقطع وإن لم يتقدر بمدة لا يجوز

مسألة: أن يقول وقفت بعده الدار على زيد ولم يذكر آخره لم يصح لأن زيداً يموت فيصير الوقف منقطعاً وكذلك لو قال على زيد وأولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا لأنه وقف لا يعلم تأبيده لجواز انقراضهم فصار وقفاً منقطعاً، وهكذا لو وقف على مسجد أو رباط أو نفر لأن المسجد والرباط قد يخربان ويبطلان والثغر قد يسلم أهله فصار منقطعاً حتى يقول فإن بطل فعلى الفقراء والمساكين.

وأما إن وقفه على قراء القرآن لم يكن منقطعاً، لأنهم باقون ما بقي الإسلام، وقد تكفل الله تعالى بإظهاره على الدين كله، وهكذا لو وقفه على المجاهدين في سبيل الله كان وقفاً باقياً إذا لم يكن على ثغر بعينه وإذا لم يجز بما وصفنا أن يكون الوقف مقدراً ولا منقطعاً ففيه قولان إن فعل ذلك.

أحدهما: باطل: لأن حكم الوقف أن يكون مؤبداً، والمنقطع غير مؤبد فلم يصر وقفاً.

والقول الثاني: أن الوقف جائز، لأنه إذا كان الأصل موجوداً لم يحتج إلى ذكر من ينتقل إليه كالوصايا والهبات.

فإذا قيل ببطلان الوقف كان ملك الواقف ولا يلزم في الأصل، ولا في غيره، وله التصرف فيه كسائر أملاكه.

وإذا قيل: بجواز الوقف كان على الأصل الموجود ما كان باقياً لا حق لواقفه فيه فإذا هلك الأصل وهو أن يموت الوقف فينقطع سبله فلا يخلوا حال الواقف في شرطه الواقفة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشترط تحريمها وتأبيدها.

والثاني: أن يشترط رجوعها إليه.

والثالث: أن يطلق، وإن اشرط رجوعها إليه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وهو مذهب مالك أنهما ترجع إليه لما ذكرنا لهما من الآثار لموجب الشرط.

والثاني: وهو الأصح، لأنها لا ترجع تغليباً للحكم في الوقف على الشرط، وإن اشترط تأبيدها أو أطلق لم يرجع إليه لا يختلف، لأن تعيين الأصل قد أخرجه عن ملكه، وفي مصرفه ثلاثة أوجه.

أحدها: يصرف في وجوه الخير والبر لأنها أعم.

والثاني: في الفقراء والمساكين، لأنهم مقصود الصدقات.

والثالث: وهو مذهب الشافعي نص عليه في هذا الموضع وغيره أنه يرد على أقارب الواقف لكن أطلق المزني والربيع ذكر الأقارب ولم يفرق بين الفقراء والأغنياء، وروى حرملة أنه يرد على الفقراء من أقاربه، وكان بعض أصحابنا يخرج اختلاف الرواية على اختلاف قولين:

أحدهما: يرد على الفقراء والأغنياء من أقاربه، وهو ظاهر ما رواه المزني والربيع.

والقول الثاني: يرجع على الفقراء منهم دون الأغنياء، وهو نص ما رواه حرملة، وقال جمهور أصحابنا: ليست الرواية مختلفة وإنما اختلاف المزني والربيع محمول على تقييد حرملة ويرد على الفقراء من أقاربه دون الأغنياء، لأنه مصرف الوقف المنقطع في ذوي الحاجة وإنما خصَّ الأقارب صلة للرحم كالزكاة، وإذا تقرر ما وصفنا فلا يخلوا حال الوقف من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون على أصل موجود وفرع موجود.

والثاني: أن يكون على أصل معدوم وفرع معدوم.

والثالث: أن يكون على أصل موجود وفرع معدوم.

والرابع: أن يكون على أصل معدوم وفرع موجود.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون على أصل موجود وفرع موجود فهو أن يقول: وقفت الدار على زيد فإذا مات فعلى الفقراء والمساكين، فهذا جائز، لأنه قد جعل زيداً أصلاً وهو موجود، والفقراء والمساكين فرعاً وهم موجودون، وهكذا إذا قال: وقفتها على زيد وأولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا ثم على الفقراء والمساكين صح، وإن لم يكن أولاد زيد موجودين، لأنهم تبع لموجود ويتعقبهم فرع موجود، ومن هذا الوجه صار الوقف ملحقاً بالوصايا في فرعه.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون أصل معدوم وفرع معدوم، فهو أن يقول: وقفتها

١

على من يولد لي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا، فهذا وقف باطل، لأن من يولد لـه معدوم، ومن هـذا الوجـه صار ملحقـاً بالهبـات ثم يكون مـا وقفه على ملكـه قولاً واحـد بخلاف ما وقفه وقفاً مرسلاً لما ذكرنا من الفرق بين الأمرين.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون على أصـل موجـود وفرع معـلوم فهو مـا ذكرنـا من المقدر والمنقطع وفيه ما وصفنا من القولين.

وأما القسم الرابع: هو أن يكون على أصل معدوم وفرع موجود، فهو أن يقول: وقفتها على من يـولد لي، ثم على أولادهم، فـإذا انقرضـوا فعلى الفقراء والمسـاكين، فقد اختلف أصحابنا فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرجها على قولين كما لو كان على أصل موجـود وفرع معدوم.

أحدهما: باطل لعدم أصله.

والثاني: جائز لوجود فرعه وكان أبو اسحاق المروزي يجعل الوقف باطلاً قولاً واحداً، وهذا هو الصحيح، والفرق بين هذا وبين أن يكون على أصل موجود وفرع معدوم أن ما عدم أصله فليس له مصرف في الحال، وإنما ينتظر له مصرف في ثاني حال، فبطل. وما وجد، فله مصرف في الحال، وأما ما يخـاف عدم مصـرفه في ثـاني حال فلو قـال: وقفتها على الفقـراء والمساكين إلا أن يولد لي ولد فيكون الوقف لـه ولولـده وأولادهم ما تنـاسلوا، وإذا انقرضـوا فـالفقراء والمسـاكين، وهذا وقف جـائز، لأن الفقـراء فيه أصـل وفرع، وإنمـا جعل مـا بين الأصل والفرع معدوماً، فلم يمنع من صحة الوقف، كما لو وقفه على ولد له مـوجود ثم على أولاده الذين لم يولدوا بعد ثم على الفقراء والمساكين كـان الوقف جـائزاً فهـذا حكم الشرط الثاني وما تفرع عليه.

والشـرط الثالث: أن يكـون على جهة تصـح ملكهـا أو التملك لهـا، لأن غلة الـوقف مملوكة، ولا تصح إلا فيما يصح أن يكون شيء من ذلك مالكاً.

قيل: هذا وقف على كافة المسلمين وإنما عين مصرفـه في هذه الجهـة فصار مملوكـاً مصروفاً في هذه الجهة من مصالحهم.

فعلى هذا لو قال: وقفت داري على دابة زيد لم يجز، لأن الدابة لا تملك ولا يصرف ذلـك في نفقتها، لأن نفقتهـا تجب على المالـك، وهكذا لـو قـال: وقفتهـا على دار عمـرو لم يجز، لأن الدار لا تملك فلو وقفها على عمارة دار زيد، نظر فإن كانت دار زيد وقفاً صـح هذا الوقف، لأن الوقف طاعة وحفظ عمارته قربة، فصار كما لو وقفها على مسجد أو رباط أو كانت دار زيد ملكاً طلقاً، بطل هذا الوقف عليها، لأن الدار لا تملك وليس استيفاؤهـا واجباً إذ لزيد بيعها، وليس في حفظ عمارتها طاعة، ولو وقفها على عبد زيد، نظر فإن كان الـوقف على نفقة العبد لم يجز، لأن نفقته على سيده وإن كان الوقف ليكون العبد مالكـاً لغلته فعلى قولين من اختلاف قوليه في العبد هل يملك إذا ملك أم لا؟ ولو وقفها على المكاتبين أو على

مكاتب بعينه كان الوقف جائزاً لأن سهام الزكوات أغلظ حكماً، وفيها سهم الرقاب، ولو وقفها على مدبر كان كالعبد وكذلك أم الولد، ولكن لو وقفها على عبده أو مدبره أو مكاتبه أو أم ولده قبل موته لم يجز، لأنه كالوقف على نفسه فهذا حكم الشرط الثالث.

فصل: والشرط الرابع: أن لا يكون على معصية فإن كان على معصية لم يجز، لأن الوقف طاعة تنافي المعصية فمن ذلك أن يقفها على الزناة أو السراق أو شراب الخمر أو المرتدين عن الإسلام فيكون الوقف في هذه الجهات باطلاً، لأنها معاصي يجب الكف عنها فلم يجز أن يعان عليها فلو وقفها على رجل بعينه فكان الرجل حين وقفها عليه مرتداً فعلى الوقف وجهان:

أحدهما: باطل كما لو وقفها على من ارتد.

والوجه الثاني: جائز والفرق بين أن يقفها على مرتد فيجوز وبين أن يقفها على من ارتد فلا يجوز من وجهين:

أحدهما: أن الوقف على من ارتد، وقف على الردة، والردة معصية، والوقف على رجل هو مرتد ليس بوقف على الردة فلم يكن وقفاً على معصية.

والفرق الثاني: في الوقف على من ارتد إغراء بالدخول في الردة، وليس في الوقف على مرتد إغراء بالدخول في الردة، لأن غيره لو ارتد لم يكن له في الوقف حق، وفي المسألة الأولى لكل من دخل في الردة إن لو صح الوقف.

فأما إذا وقفها على مسلم وارتد عن الإسلام فالوقف صحيح وأبطله أهل العراق، وهذا خطأ، لأن أملاك المسلمين لا يبطل بالردة فصار الوقف على المرتد ينقسم على هذه الأقسام الثلاثة:

باطل: وهو أن ينفقه على من ارتد.

وجائز: وهو أن ينفقه على مسلم فيرتد.

ومختلف فيه: وهو أن يقفه على رجل مرتد.

فأما الوقف على اليهود والنصارى فجائز سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم، لأن الصدقة عليهم جائزة، وإن منعوا المفروض منها، فلو وقف على رجل ليحج عنه ولا يكون وقفاً على نفسه، لأنه لا يملك شيئاً من غلته، فلو ارتد عن الإسلام لم يجز أن يصرف الوقف والحج عنه، لأن الحج عن المرتد لا يصح وصرف في الفقراء والمساكين، فإن عاد إلى الإسلام أعيد الوقف إلى الحج عنه، ولو وقفها في الجهاد عنه جاز، فلو ارتد الواقف عن الإسلام كان الوقف على حاله مصروفاً في المجاهدين عنه، والفرق بين الحج والجهاد أن المرتد لا يصح منه الحج ويصح منه الجهاد، فأما الوقف على الكنائس والبيع فباطل سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً، لأنها موضوعة للاجتماع على معصية، ولو وقف داراً ليسكنها

فقراء اليهود ومساكينهم، فإن جعل للفقراء المسلمين ومساكينهم فيها حظاً جاز الوقف، وإن جعلها مخصوصة بالفقراء اليهود ففي صحة وقفها وجهان:

أحدهما: جائزة كالوقف على فقرائهم.

والوجه الثاني: لا يجوز لأنهم إذا انفردوا بسكناها صارت كبيعهم وكنائسهم، فأما الوقف على كتب التوراة والإنجيل فباطل، لأنها مبدلة، فصار وقف على معصية، وكان بعض أصحابنا يعلل بطلان الوقف عليها بأنها كتب قد نسخت وهذا تعليل فاسد لأن تلاوة المنسوخ من كتب الله تعالى وآياته خطأ ليس بمعصية ألا ترى أن في القرآن منسوخاً يتلا ويكتب كغير المنسوخ، فهذا حكم الشرط الرابع وما يتفرع عليه.

فصل: والشرط الخامس أن لا يعود الوقف عليه ولا شيء منه، وإن وقفه على نفسه لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز وقف الرجل على نفسه وبه قال أبو عبدالله الزبيري من أصحابنا.

وقال مالك: إن شرط أول الوقف لنفسه جاز، وإن شرط جميعه لنفسه لم يجز، وبه قال أبو العباس بن سريج، واستدلوا بأن النبي ﷺ قال حين ضاق المسجد به مَنْ يَشْتَرِيَ هَذِهِ الْبُقْعَةَ وَيَكُونُ فِيهَا كَالْمُسْلِمِينَ وَلَهُ فِي الْجَنَّةِ خَيْرٌ مِنْهَا فاشتراها عثمان وقال في بئر رومة من يشتريها من ماله، واشتراها عثمان رضي الله عنه واشترط فيها رشا كرشا المسلمين بأمر رسول الله ﷺ وقال الزبيري: كيف ذهب هذا على الشافعي واستدلوا بقول النبي ﷺ لصاحب البدنة «ارْكَبْهَا إِذَا أُلْجِئْتَ إِلَيْهَا حَتَّى تَجِدَ ظَهْرَاً» فجعل له الانتفاع بما أخرجه من ماله لله تعالى ولأن النَّبِيَّ ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّة، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صدقها معاد إليه بعد أن أخرجه لله، ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقف داراً له فسكنها إلى أن مات، وأن الزبير بن العوام جعل رباعه صدقات موقوفات فسكن منزلاً منها حتى خرج إلى العراق، ولأنه لما استوى هو وغيره في الوقف العام جاز أن يستوي هو وغيره في الوقف الخاص.

ودليلنا هو أن وقفه على نفسه لا يجوز لقوله ﷺ حَبْسُ الأَصْلِ وَسَبْلُ الثَّمَرَةِ وتسبيل الثمرة يمنع أن تكون له فيها حق ولأن الوقف صدقة، ولا تصح صدقة الإنسان على نفسه، ولأن الوقف عقد يقتضي زوال الملك فصار كالبيع والهبة، فلما لم تصح مبايعة نفسه ولا الهبة بها لم يصح الوقف عليها، ولأن استثناء منافع الوقف لنفسه كاستثنائه في العتق بعض أحكام الرق لنفسه فلما لم يجز هذا في العتق لم يجز مثله في الوقف، ولأن الوقف يوجب إزالة ملك باستحداث غيره وهو إذا وقف على نفسه لم يدل بالوقف ملكاً ولا استحدث به ملكاً فلم يجز أن يصير وقفاً وأما الجواب عن استدلالهم بأن عثمان شرط في بئر رومة أن يكون دلوه كدلاء المسلمين فهو أن الماء على أصل الإباحة لا يملك بالإجازة فلم يقف ما اشترطه لنفسه من البئر شيئاً ولو لم يذكر ذلك لكان دلوه فيها كدلاء المسلمين وإنما ذكر هذا الشرط ليعلمهم أنه لم يستأثر بها دونهم وأنه فيها كأحدهم.

وأما الجواب عن قوله لصاحب البدنة « ارْكَبْهَا إِذَا أُلْجِئْتَ إِلَيْهَا حَتَّى تَجِدَ ظَهْراً » فمن وجهين: أحدهما: أنه ليس المقصود من البدنة منافعها فجاز أن يعود إليه والمقصود من الوقف منافعه فلم يجز أن يعود إليه.

والثاني: أنه لما جاز في البدنة أن يأكل منها من غير شرط جاز أن يعود إليه منافعها ولا يجوز في الوقف أن يعود إليه شيء منه يعتبر شرط، فكذلك لا يعود إليه بالشرط. وأما الجواب عن عتقه لصفية فهو أن العتق على عوض جائز والوقف على عوض غير جائز.

وأما سكنى عمر والزبير رضي الله عنهما وما وقفاه فقد يجوز أن تكون سكناهما بعد استطابة نفوس أربابه، لأن نفس من وقف عليه لا يأتي إرفاق الوقف به، ولو منعه لامتنع أو يكون قد استأجر ذلك من واقفه.

وأما الوقف العام فسنذكر من حكمه ما يكون جواباً عنه.

فصل: وإذا تقرر أن وقف الإنسان على نفسه لا يجوز فلا يخلو حال الواقف على نفسه من أحد أمرين إما أن يكون عاماً أو خاصاً، وإن كان خاصاً فعلى قسمين:

أحدهما: أن يقول: وقفته على نفسي ثم على الفقراء والمساكين، ولا يجوز أن يكون وقفاً لنفسه، وهل يبطل أن يكون وقفاً للفقراء والمساكين؟ فعلى قولين:

أحدهما: أنه باطل؛ لأنه فرع لأصل باطل.

والقول الثاني: جائز؛ لأنهم صاروا فيه أصلاً عند بطلان الأصل فعلى هذا هل يستحقونه قبل موته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم لا يستحقون إلا بعد موته اعتباراً بظاهر شرطه ويكون أحق بغلته منهم.

والوجه الثاني: أنهم يستحقون الوقف في الحال وإلا صار وقفاً بعد مدة؛ ولأنه لو صارت الغلة إليه قبل موته لصار وقفاً على نفسه ومعمولاً فيه على شرطه.

وإن كان الوقف عاماً فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون منافعه مباحة كمرافق المسجد وماء البئر فهذا يكون فيه كغيره من المسلمين سواء شرط ذلك لنفسه أو لم يشترط استدلالاً بوقف عثمان رضي الله عنه ولقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون شركاء ثلاث ».

والضرب الثاني: أن تكون منافعه ليست على أصل الإباحة كثمار النخل والشجر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يطلقه ولا يشترط لنفسه شيئاً منه كرجل وقف نخلاً على الفقراء والمساكين وأبناء السبيل وصار من جملتهم، دخل فيه وجاز أن يأكل منها كأحدهم؛ لأنه من جملتهم بوصفه لا بعينه فلم يكن ذلك وقفاً عليه؛ لأنه على موصوفين لا على معنيين فيساوي من شاركه في حقه.

والضرب الثاني: أن يشترط لنفسه أن يأكل منها غنياً أو فقيراً كان فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج والزبيري، أنه يجوز لأنه قد أخرجه عاماً فجاز أن يدخل في العموم بعينه كما يدخل فيه بوصفه.

والوجه الثاني: وهو مذهب الشافعي رحمه الله أنه لا يجوز أن يدخل فيه بعينه كما لم يجز أن يدخل في الخاص بعينه، فإذا قلنا: يجوز دخوله فيه على الوجه الأول ففيه وجهان:

أحدهما: أنه حق قائم على التأبيد يخلفه فيه ورثته وورثة ورثته ما بقوا فإذا انقرضوا عاد حينئذ على جماعة الفقراء والمساكين.

والوجه الثاني: أنه مقدر بمدة حياته فإذا مات عاد إلى الفقراء دون ورثته إلا أن يكونوا من جملة الفقراء وإذا قيل إنه يجوز دخوله فيهم بعينه فهل يكون ما جعله من ذلك لنفسه باقياً على ملكه أم داخلاً في عموم وقفه على وجهين:

أحدهما: أنه باق على ملكه، لأن الوقف بطل فيه وصح فيما سواه.

والثاني: أنه دخل في عموم وقفه؛ لأن الوقف بقي في الجميع وإنما بطل الاستثناء في الحكم.

فصل: فلو وقف وقفاً على ولده ثم على ورثة ولده ثم على الفقراء والمساكين فمات الولد وكان الأب الواقف أحد ورثته فهل يرجع عليه قدر ميراثه منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع عليه وهو قول ابن سريج والزبيري.

والوجه الثاني: لا يرجع ولا على الباقين من ورثته؛ لأن الورثة إنما يأخذون منه قدر مواريثهم ولا يأخذون ميراث غيرهم، ويرد على الفقراء ثم ينظر فيما جعله لورثة ولده من بعده فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يجعله لهم على قدر مواريثهم فيكون بينهم كذلك.

والثاني: أن يجعله بينهم بالسوية فيكون كذلك يستوي فيه الذكر والأنثى والزوجة والولد.

والثالث: أن يطلق فيكون بينهم بالسوية؛ لأن الأصل التساوي في العطايا فلم يشترط التفاضل، فلو وقف وقفاً على ورثة زيد، وكان زيد حياً فلا حق فيه لأحد منهم؛ لأن الحق لا يكون موروثاً وإنما يسمى أهله ورثة على طريق المجاز دون الحقيقة وإذا كان كذلك صار هذا وقفاً على أصل معدوم فيكون على ما مضى، ولو كان زيد ميتاً كان ذلك وقفاً صحيحاً على ورثته ثم يكون على الأحوال الثلاث في التساوي والتفضيل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَهِيَ عَلَى مَا شَرَطَ مِنْ الأَثَرَةِ وَالتَّقْدِمَةِ».

قال الماوردي: اعلم أن الوقف عملية يُرْجَعُ فِيهـا إلى شرط الواقف فإذا وقف على

أولاده وكانوا موجودين ثم على الفقراء صح الوقف إن كان في الصحة وبطل على أولاده إن كان في مرض الموت لأنهم ورثة وفي بطلانه على الفقراء قولان، ثم إذا كان الواقف على أولاده في الصحة فأمضياه دخل فيهم الذكور والإناث والخناثى؛ لأنه كلهم أولاده؛ فإن فضّل الذكور على الإناث أو فضّل الإناث على الذكور حملوا على تفضيله وهكذا لو فضل الصغار على الكبار أو الكبار على الصغار، وإن أطلق سوى بينهم ولا يفضل ذكر على أنثى ولا صغير على كبير ولا غني على فقير ولا شيء لأولاد أولاده إذا كان وقفه على أولاده، ويكون للفقراء والمساكين، وبه قال أهل العراق.

وقال مالك إذا وقف على أولاده دخل فيه أولاد أولاده وإن سفلوا؛ لأنهم من أولاده وبه قال بعض أصحابنا وخرجه أبو علي الطبري قولاً للشافعي؛ لأن اسم الولد ينطلق عليهم وهذا خطأ؛ لأن الأحكام تتعلق بحقائق الأسماء دون مجازها وحقيقة اسم الولد ينطلق على ولد الصلب دون ولد الولد.

فصل: ولو وقف وقفاً على أولاده وأولاد أولاده كان ذلك للبطن الأول من أولاد صلبه وللبطن الثاني وهم أولاد أولاده يشترك البطن الثاني والبطن الأول فيه إلا أن يقول ثم على أولادهم أو يقول بطناً بعد بطن، ولا يشترك البطن الثاني والبطن الأول حتى إذا انقرض البطن الأول أخذ البطن الثاني حينئذ فإذا انقرض البطن الثاني فلا حق فيه للبطن الثالث، وينتقل إلى الفقراء والمساكين، وعلى قول مالك ومن تابعه من أصحابنا يكون لمن يأتي بعدهم من البطون ولا ينتقل إلى الفقراء إلا بعد انقراضهم، وإن سفلوا فلو قال: على أولادي وأولاد أولادي وأولاد أولاد أولادي استحق ثلاثة أبطن من ولده ثم ينتقل بعد البطن الثالث إلى الفقراء والمساكين ثم يشارك كل بطن لمن بعده إلا أن يرتب فيكون على الترتيب، فلو قال: على أولادي وأولاد أولادي أبداً ما بقوا وتناسلوا استحقه كل بطن يحدث من ولده، فإن رتب كان على ترتيبه، وإن أطلق شارك البطن الأعلى البطن الأسفل ولا حق للفقراء فيه ما بقي أحد من ولده وإن سفل فإذا انقرض جميعهم صار للفقراء والمساكين.

فصل: وإذا كان الوقف على أولاده وأولاد أولاده دخل فيهم ولد البنين مع البنات.

وقال مالك: لا يدخل فيهم أولاد البنين دون أولاد البنات؛ لأن أولاد البنات لا ينسبون إليه فلم يكونوا من ولده واستشهد بقول الشاعر:

بَنُونَا بَنُوا أَبْنَائِنَا وَبَنَاتنَا ... بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

والدليل على أن أولاد بناته هم خير أولاد أولاده، هو أن البنات لما كن من أولاده كان أولادهن أولاد أولاده وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في الحسن إن ابني هذا سيد فسماه ابناً.

فصل: فلو قال: وقفت هذه الدار على نسلي، أو قال على عقبي، أو على ذريتي، دخل فيهم أولاد البنين وأولاد البنات وإن بعدوا، لأنهم من نسله وعقبه وذريته قال الله تعالى:

﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ وَمُوسَى وَهَارُونَ وَكَذَٰلِكَ يُجْزِي الْمُحْسِنِينَ وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: ٨٤] فجعل عيسى من ذريته وهو إنما نسب إليه بأم لا بأب، ولكن لو وقفها على مناسبة، لم يدخل فيهم أولاد بناتهم؛ لأنهم ينسبون إلى آبائهم دون أمهاتهم لكن يدخل فيهم الذكور والإناث من أولاد البنين دون أولاد البنات، ولكن لو قال: على عصبتي لم يدخل فيهم إلا الذكور ومن أولاده وأولاد بنيه دون الإناث.

فصل: ولو قال: وقفت هذه الدار على بني لم يشركهم بناته ولا الخناثى، ولو قال: على بناتي لم يشاركهم بنوه ولا الخناثى، ولو قال: على بني وبناتي، دخل فيه الفريقان وفي دخول الخناثى فيهم وجهان:

أحدهما: لا يدخلون فيهم، لأنهم لا يدخلون في البنين ولا في البنات.

والثاني: يدخلون فيهم، لأنهم لا يخلوا من أن يكونوا من البنين أو من البنات، وإن كانوا عندنا مشكلين فهم عند الله غير مشكلين.

فصل: ولو قال: وقفتها على بني فلان، فإن أشار إلى رجل لا إلى قبيلة اختص ذلك بالذكور دون الإناث، ولو أشار إلى قبيلة كقوله: على بني تميم ففي دخول البنات فيهم وجهان:

أحدهما: يدخلون تغليباً لحكم القبيلة.

والثاني: لا يدخلون تغليباً لحقيقة الاسم، ولو قال: على بنات فلان، لم يدخل فيهم الذكور سواء أراد رجلاً أو قبيلة، و الفرق بينهما أنه حد يجمع بين الذكور والإناث باسم الذكور ولا يجمع بينهما باسم الإناث.

فصل: ولو وقفها على أهل بيته ففيهم ثلاثة أوجه:

أحدها: من ناسبه إلى الجد.

والثاني: من اجتمع معه في رحم.

والثالث: كل من اتصل منه بنسب أو سبب قال النبي ﷺ: «سَلْمَانُ مِنَّا أَهْلِ الْبَيْتِ»

ولو وقفها على آله ففيهم وجهان:

أحدهما: أنهم أهل بيته.

والثاني: أنهم من دان بدينه.

فصل: ولو وقفها على أقرب الناس به فهم المولودون، يقدم الأقرب منهم فالأقرب، يستوي فيه الذكور والإناث وأولاد الذكور وأولاد الإناث، ثم الوالدون، يستوي فيهم الآباء والأمهات ثم يستوي بعدهم الأجداد والجدات من قبل الآباء والأمهات، وفي تقديم الإخوة على الجد قولان: أحدهما: يقدمون.

والثاني: يستوون ثم يقدم بنو الإخوة على الأعمام، ويسوى بين الأخوال والأعمام،

ويسوى بين ولد الأب وولد الأم وهل يفضل عليهما ولد الأب والأم على قولين.

فصل: وإن وقفها على مواليه فإن ذكر مولى من أعلى فهي له دون من سفل، وإن ذكر مولى من أسفل فهي له دون من علا، وإن أطلق ففيه ثلاثة أوجه حكاهما أبو سعيد الاصطخري:

أحدهما: يكون لمن علا وهو المعتق لأنه المنعم.

والثاني: يكون لمن سفل وعلا لاشتراكهما في اسم المولى.

والثالث: أن الوقف باطل لامتياز الفريقين واستواء الأمرين.

فصل: ولو وقفها على عياله فهم من في نفقته وإن كان فيهم والد وولد، ولو وقفها على حشمة فهم من في نفقة سوى الوالد والولد، ولو وقفها على حاشيته فهم المتصلون بخدمته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْغِنَى وَالْحَاجَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح للواقف أن يشرك في وقفه بين الأغنياء والفقراء وله أن يخص به الفقراء دون الأغنياء وله أن يخص به الأغنياء دون الفقراء، ولو قال وقفت داري على الفقراء من بني تميم دفع من عليها إلى كل من ادعى الفقر منهم فإن جهلت حاله ما لم يعلم غناه ولا يكلف البينة على فقره؛ لأن الأصل في الناس العدم، ولو وقفها على الأغنياء منهم لم يدفع إلى من ادعى الغنى منهم عند الجهل بحاله إلا ببينة يشهد له بالغنى، لأنه يدعي حدوث ما لم يعلم.

فصل: فلو وقفها على من استغنى منهم لم يستحقها إلا من كان فقيراً، ثم استغنى فأما من لم يزل غنياً فلا حق له فيها؛ لأن الاستغناء يقتضي حدوث الغنى، ولا يدفع إلى من ادعى ذلك إلا ببينة ولو وقفها على من افتقر لم يستحقها إلا من كان غنياً ثم افتقر، ولا يدفع إلى من ادعى ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فقراً بعد غنى.

فصل: فلو وقفها على فقر أهله فكان منهم صبي فقير له أب غني أو امرأة فقيرة لها زوج غني أو رجل فقير له ابن غني، فكل هؤلاء من الفقراء المستحقين لها، وكذلك لو كان فيهم من لا مال له وهو يشتغل بعمل يديه كان من فقراء الوقف، وإن لم يكونوا من فقراء الزكوة، ألا ترى أنهم يكفرون بالصيام تكفيرهم الفقراء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمِنْ إِخْرَاجِ مَنْ أَخْرَجَ مِنْهَا بِصِفَةٍ وَرَدَّهُ إِلَيْهَا بِصِفَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وهو على ضربين:

أحدهما: أن يخرج من أخرج منها ويدخل من أدخله فيها بصفة فيشترطها وإذا وجدت دخلت فيها بوجود الصفة، وإذا عدمت خرج منها بعدم الصفة فهذا جائز وهو على شرطه فيه

محمول كقوله: وقفتها على أغنياء بني تميم، فمن استغنى من الفقراء أدخل فيه بعد أن كان خارجاً منه ومن افتقر من الأغنياء خرج منها بعد أن كان داخلاً فيها.

والضرب الثاني: أن يخرج من أخرج منها باختياره ويدخل من أدخل فيها باختياره كأنه قال قد وقفت داري هذه على من شئت على أن أدخل في الوقف من أشاء، وأخرج منه من أشاء ففيه وجهان:

أحدهما: جائز كما لو أدخله بصفة وأخرجه بصفة.

والثاني: هو أصح؛ لأنه لا يجوز ويكون الوقف باطلاً؛ لأنه لا يكون على موصوف ولا معين فإذا قيل: لا يجوز كان الوقف باطلاً إلا أن يجعل آخره على الفقراء، فيكون على القولين، وإذا قيل بجوازه صح إن كان قد سمي فيه عند عقد الوقف قوماً، ثم له يدخل من شاء ويخرج من شاء وإذا فعل ذلك مرة واحدة فهل له الزيادة عليها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ليس له؛ لأنه قد فعل ما شاء، وله شرطه وقد استقر.

والوجه الثاني: له أن يفعل ذلك مراراً ما عاش وبقي لعموم الشرط، فإذا مات فقد تعين على من فيه عند موته من أدخل فيه فقد استقر دخوله فلا يجوز أن يخرج منه ومن أخرج منه فقد استقر خروجه ولا يجوز أن يدخل فيه.

فصل: ولو قال وقفتها على الأرامل فهم النساء اللاتي لا أزواج لهن، وفي اعتبار فقرهن ما ذكرناه في اليتامى إن خص أرامل قبيلة لم يراعي فقرهن، وإن عم وأطلق ففيه وجهان، وهل يدخل فيهم الرجال الذين لا أزواج لهم؟ على وجهين:

أحدهما: لا يدخلون اعتباراً بالعرف في الاسم.

والثاني: يدخلون اعتباراً بحقيقة اللغة، وصريح اللسان وأن الأرمل الذي لا زوج له من الرجال والنساء قال الشاعر:

كُلُّ الأَرَامِلِ قَدْ قَضَّيْتَ حَاجَتَهَا فَمَنْ لِحَاجَةِ هَذَا الأَرْمَلِ الذَّكَرِ[1]

فصل: ومن وقفها على الغلمان فهم من لم يبلغ من الذكور، ولو وقفها على الجواري فهم من لم يبلغ من الإناث، ولو وقفها على الفتيان فهم من قد بلغ وإلى ثلاثين سنة، وكذا لو وقفها على الشباب فهم كالفتيان ما بين البلوغ والثلاثين، ولو وقفها على الكهول فهم من له من بين الثلاثين والأربعين، وقد قيل: في تأويل قوله تعالى: ﴿وَكَهْلًا وَمِنَ الصَّالِحِينَ﴾[آل عمران: ٤٦] أنه كان ابن ثلاثين سنة، ولو وقفها فهم من تجاوز الأربعين.

فصل: ولو وقفها على جيرانه فقد اختلف الناس في الجيران، فقال بعضهم: من ليس بينك وبينهم درب يغلق وقال آخرون: من صلى معك في مسجدك ودخل معك إلى

---

(١) البيت لجرير انظر اللسان م[رمل].

حمامك، وقال آخرون: من كان بينك وبينه أربعون داراً، ومـذهب الشافعي أنهم من نسبـوا إلى سكني محلتك، وسواء من كان منهم مالكـاً أو مستأجـراً ويسوي بين أغنيـائهم وفقرائهم وجهاً واحداً ما لم يميز لأنه ليس من الشيوع تخصيص الجواز بالفقر.

فصـل: ولو وقفهـا على قراء القـرآن أعطي من قـراءه كله، وإن لم يكن حـافـظاً، ولا يعطي من قرأ بعضه إلا أن يقول: من قرأ قرآنـاً فيعطي منـه من قرأ ولـو بعض آية، وهـو قدر ما يمنع من الجنب ولو وقفه على حفاظ القرآن لم يعط من نسيه بعد حفظه.

فصل: ولو وقفها على العلماء فهم علماء الدين لأنهم في العرف العلماء على الإطلاق دون القراء وأصحاب الحديث، لأن العلم ما تصرف في معانيه لا ما كان محفوظ التلاوة.

فصل: ولو وقفها في سبيل الله فهم الغزاة، ولو وقفها في سبيل الثـواب فهم القرابـات فقيرهم وغنيهم قال النبي ﷺ: «صَدَقَتُكَ عَلَى ذِي رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ» ولو وقفهـا في سبيل الخير والبر فهم سهمان للصدقات وقيل يدخل فيهم الضيف والسائل والمعير وفي الحج.

فصل: فلو وقفها على أنـه إن احتاج إليهـا باعهـا أو رجع فيهـا أو أخذ غلتهـا فهو وقف باطل، وأجـازه مالـك استدلالاً بقـوله ﷺ: «الْمُسْلِمُـونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» فكـان علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقف وكتب هذا ما وقفه علي بن أبي طالب وَقفَ عين إبَى ابتغاء ثواب الله وليدفع الله بهـا عن وجهه حـر جهنم على أنه متى احتـاج الحسن أو الحسين إلى بيعها بدين أو نيابة فلهما بيع ما رأياه منها، فاحتاج الحسن إلى بيعها لدين ثم ذكر قولـه«ليدفـع الله بها عن وجهه حر جهنم» فامتنـع والدلالـة على بطلان الـوقف قولـه ﷺ حبس الأصل وسبـل الثمرة ولأن الشروط المنافية للعقود مبطلة لها إذا اقتربت بها كالشروط المبطلة كسائر العقود، ولأنه لم يؤيد الوقف ولا حرمه فلم يصح كالقدر إلى وقت بـل هذا أفسـد لأنه بمـوته أجهـل، فأما علي رضي الله عنه إن صح ما ذكر فيـه فمحمول على بيـع ما رأيـاه من غلته لا من أصله وحكى ابن سريج في هذا الوقف وجهاً آخر أن الشرط باطل والوقف جائز وليس له بيعه أبداً.

فصـل: فإذا وقفهـا على زيد وعمـرو على أن لزيـد منها النصف، ولعمـرو منها الثلث كـانت بينهماعلى خمسـة أسهم ويرجـع السدس الفـاضل عليهمـا بالـرد فيكون لـزيد ثـلاثة أخماسها ولعمرو خمسيها ولو وقفها على أن لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولـم يقل في أصل الوقف إنها عليهما كان لكل واحد منهما ما سمي له وكان السدس الفاضل إذا صح الوقف فيه للفقراء والمساكين ولا يرجع عليهما، ولو وقفها على أن لزيد نصفها ولعمرو ثلثها قسمت بينهما على أربعة أسهم فيكون لزيد منها ثلاثة أسهم، ولعمرو سهم فلو وقفها على زيد ثم على عمرو ثم على بكر ثم على الفقراء والمساكين يقسم بينهم على شرطه فكانت لزيد فإذا مات فلعمرو فإذا مات فلبكر فإذا مات فللفقراء فإذا مات عمرو قبل زيد ثم مات زيد فلا حق فيها لبكر وكانت للفقراء والمساكين، لأن بكراً رتب بعد عمرو، وجعل له ما كان لعمرو، وعمرو بموته قبل زيد لم يستحق فيه شيئاً فلم يجز أن يملك بكر عنه شيئاً.

فصل: الولاية على الوقف مستحقة فإن شرطها الواقف في وقفها كانت لمن شرطهـا له سواء شرطها لنفسه أو لغيره وإن أعقل اشتراطها ففيه ثلاثة أوجه ذكرناها من قبل.

أحدها: أنهـا للواقف استصحابـاً بما كـان عليه من استحقـاقها على ملكـه واستشهاداً بولاء عتقه.

والوجه الثاني: للموقف عليه إلحاقاً بملك المنافع وتغليباً لحكم الأخص.

والوجه الثالث: أنها للحـاكم وله ردهـا إلى من شاء لعمـوم ولايته ولـزوم نظره، فعلى هذا لو أن الواقف جعلها للأفضل والأفضل من بينه كانت لأفضلهم، فلو استقرت لـه فحدث فيهم من هو أفضل لم ينتقل وإنما يراعي الأفضل فيهم عند استحقاق الولاية إلا أن يتغير حال الفاضل فيصير مفضولاً فتنتقل الولاية إلى من هو أفضل منه فلو جعلها للأفضل من ولده فهـل يراعي الأفضل من البنين والبنات أم يراعي الأفضل من البنين دون البنات؟ على وجهين:

أحدهما: يراعي أفضل الفريقين، لأن كلهم ولد.

والثـاني: يراعي أفضـل البنين دون البنات لأن الـذكور أفضـل من الإناث فلو جعلهـا لابنين من أفاضل ولده فلم يكن فيهم من ينطلق عليـه هذه الصفـة إلا واحداً لم يقتصـر على نظره وحده وضم الحاكم إليه أميناً من غيره ولده، لأن الواقف لم يـرض بأمانة واحـدة ولو لم يكن منهم مستحق لهـا اختـار الحـاكم أمينين يكـونـا والبين وهكـذا لـو كـان منهم فـاضـلان فلم يقبلا الولاية اختار للولاية غيرهما فإن طلبا الولاية بعد ردهـا لهما فـإن لم يكونـا من أهل الوقف بطلت ولايتهما بالرد ولم يعد إليهما بالطلب كالوصية، وإن كانا من أهله فعلى وجهين من اختلافهم لو لم يكن في الولاية شرط هل يكون الموقف عليه بالولاية أحق.

أحدهما: قد بطلت ولايتهما إذا قيل إنها مع عدم الشرط بغيرهما.

والثاني: هما أحق بها إذا قيل لو لم يكن شرط أنها لهما.

فصـل: فإذا اختلف أربـاب الوقف في شـرطه وتنـازعوا في تـرتيب أو تفاضـل ولا بينة لبعضهم على بعض اشتركوا جميعاً فيه بالسوية من غير ترتيب ولا تفاضـل وإن طلب بعضهم أيمـان بعض لزمت، فلو كان الواقف حياً كان قوله فيـه مقبولاً ولا يمين عليـه، ولو مـات وكان وارثه باقياً كان قول وارثه فيـه مقبولاً، فلو لم يكن واقف ولا وارث، وكـان والٍ عليه نـظر في ولايته فإن كانت من قبل حاكم لم يرجع إلى قوله في شركاء الوقف، وإن كان من قبل الواقف رجع إلى قوله في شروطه عند اختـلاف أهله، فلو اختلف الوالي عليـه والوارث فـأيهما أحق بالرجوع إلى قوله على وجهيـن:

أحدهما: الوارث لأنه يقوم مقام الواقف.

والثاني: الوالي لأنه أخص بالنظر فلو جعل الـواقف للوالي عليه جعـلاً وكان أكبـر من أجرة مثله صح، وكان له ما سمي من أجل العلة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «(وَمِنْهَا) فِي الحَيَاةِ الهِبَاتُ وَالصَّدَقَاتُ غَيْرُ المُحَرَّمَاتِ وَلَهُ إِبْطَالُ ذَلِكَ مَا لَمْ يَقْبِضْهَا المُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ وَالمَوْهُوبُ لَهُ فَإِنْ قَبَضَهَا أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ بِأَمْرِهِ فَهِيَ لَهُ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في الأوقاف وسنذكر أحكام الهبات وهي من العطايا الجائزة بدليل الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾[المائدة ٢] والهبة بر وقال﴿وَآتَى المَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾[البقرة: ١٧٧]الآية يعنى به الهبة والصدقة وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ لَقَبِلْتُ وَلَوْ دُعِيْتُ إِلَى كِرَاعٍ لأَجَبْتُ»[(١)] وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «تَهَادوا تَحَابُّوا»[(٢)] وروي عن النبي ﷺ أنه قال «إِنَّنَا نَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَنُكَافِىء عَلَيْهَا»[(٣)] وأجمع المسلمون على إباحتها، وقيل: إن الهدية مشتقة من الهداية، لأنه أهتدى بها إلى الخير والتآلف.

فصل: وإذا تقرر إباحة الهبة بما ذكرنا فتكون بخمسة أشياء بموهوب وواهب وموهوب له وعقد وقبض.

وأما الشيء الموهوب فهو كل شيء صح بيعه جازت هبته، وذلك ما اجتمعت عليه أربعة أوصاف أن يكون مملوكاً وإن كان غير مملوكاً من وقف أو طلق لم يجز وأن يكون معلوماً عليه أربعة أوصاف أن يكون مملوكاً وإن كان غير مملوك من وقف أو طلق لم يجز وأن يكون معلوماً فإن كان مجهولاً لم يجز، وأن يكون حاضراً، فإن كان غائبًا لم يجز لا يمنع من نقل ملكه مانع، فإن منع منه مانع كالمرهون وأم الولد لم يجز فهذا حكم الموهوب، ولا فرق بين المحوز والمشاع سواء كان مما ينقسم ولا ينقسم.

وقال أبو حنيفة: هبة المشاع الذي لا ينقسم جائزه والمشاع الذي ينقسم باطلة ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾[النساء ٤] ولأن كل ما جاز بيعه جازت هبته كالمحوز.

فصل: وأما الواهب فهو كل مالك جائز التصرف، فإن كان غير مالك كالغاصب لم يجز، وإن كان مالكاً عنه جائز التصرف كالسفيه والمولى عليه لم يجز، وإن كان محجوراً عليه بالفلس فعلى قولين.

فصل: وأما الموهوب له فهو من صح أن يحكم له بالملك صح أن يكون موهوباً له من صغير وكبير ومجنون ورشيد فأما من لا يصح أن يحكم له بالملك كالحمل والبهيمة ولا يصح أن يكون موهوباً له، فأما العبد ففي صحة كونه موهوباً قولان من اختلاف قوليه هل يملك إذا ملك أم لا؟.

---

(١) أخرجه البخاري من رواية أبي هريرة ٥/١٩٩ في الهبة باب القليل من الهبة حديث (٢٥٦٨).

(٢) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٥٩٤) والبيهقي في السنن الكبرى ٦/١٦٩.

(٣) أخرجه البخاري ٥/٢١٠ في الهبة حديث (٢٥٨٥).

فصل: فأماالعقد فهو بذل من الواهب، وقبول من الموهوب له، أو من يقوم فيه من ولي ووكيل، فإذا قال الواهب قد وهبت فتمامه أن يقول: الموهوب على الفور: قد قبلت، فإن لم يقبل لم يتم العقد، وقال الحسن البصري: القبول غير معتبر في عقد الهبة كالعتق، وهو قول شذ به عن الجماعة، وخالف به الكافة إلا أن يريد به الهدايا فللهدية في القبول حكم يخالف قبول الهبات نحن نذكره من بعد.

والدليل على أن عقد الهبة لا يتم إلا بالقبول أن النبي ﷺ أهدى إلى النجاشي مسكاً فمات النجاشي قبل وصول المسك إليه فعاد المسك إليه فقسمه بين نسائه ولو صار المسك للنجاشي لما استحل ذلك ولأوصله إلى وارثه، ولأنه تمليك تام ينتقل عن حي فافتقر إلى قبول كالبيع، وفارق العتق من حيث أن المعتق لو ورد العتق لم يبطل والموهوب له لو ورد الهبة بطلت فلذلك ما افتقرت الهبة إلى قبول ولم يفتقر العتق إلى قبول، فعلى هذا لو قال: قد وهبت لك عبدي هذا إن شئت فقال: قد شئت، لم يكن قبولاً حتى يقول: قد قبلت، فيصح العقد وإن كان معلقاً بمشيئته، لأنها إنما تكون هبة له إن شاءها، ولو قال الموهوب له: قد قبلته إن شئت، لم يصح، لأن قبول الهبة إنما يكون إلى مشيئة القابل دون الباذل فلو ابتدأ الموهوب له فقال: هب لي عبدك إن شئت فقال: قد شئت لم يكن ذلك بدلاً حتى يقول قد وهبت فلو قال قد وهبت إن شئت لم يجز لأن بذل الهبة إنما يكون إلى مشيئة الواهب دون الموهوب له.

فصل: وأما القبض فهو من تمام الهبة لا تملك إلا به وهو قول أهل العراق.

وقال مالك وداود: الهبة تتم بالعقد ويؤخذ الواهب جبراً بالقبض استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[المائدة ١] وبما روى ابن عباس عن النبي ﷺأنه قال: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» قالوا: ولأنها عطية فوجب أن لا تفتقر إلى قبض كالوصية.

ودليلنا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حِينَ أَهْدَى إِلى النَّجَاشِي ثَلاثِينَ أُوقِيَّةً مِسْكاً قَالَ لأُمِّ سَلَمَةَ إِنَّ النَّجَاشِي قَدْ مَاتَ وَسَيُرَدُّ عَلَي فأعطيكِ فَلَمَّا رُدَّ عَلَيْهِ أَعْطَى كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أُوقِيَّةً وَدَفَعَ بَاقِيهِ إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ فلولا أن بالقبض يملك لما استجاز رسول الله ﷺ أن يتملكه ويتصرف فيه، وروى الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أَنَّ أَبَاهَا نَحَلَهَا جِدَادَ عِشْرِينَ وُسْقاً مِنْ مَالِهِ فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ جَلَسَ فَتَشَهَّدَ وَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ أَمَا بَعْدُ فَإِنَّ أَحَبَّ النَّاسِ غِنىً بَعْدِي لأَنْتِ وَإِنَّ أَعَزَّ النَّاسِ فَقْراً بَعْدِي لأَنْتِ، وَإِنِّي قَدْ نَحَلْتُكِ جِدَادَ عِشْرِينَ وُسْقاً مِنْ مَالِي وَوَدِدْتُ لَوْ كُنْتُ حِزْتِيهِ وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الوَارِثِ وَإِنَّمَا هُوَ أَخَوَاكِ وأُخْتَاكِ، قَالَتْ: هَذَا أَخَوَايَ فَمَنْ أُخْتَايَ؟ قَالَ ذُو بَطْنِ ابْنَةِ خَارِجَةَ فَإِنِي أَظُنُّهَا جَارِيَةً قَالَتْ: لَوْ كَنَ مَا بَيْنَ كَذَا وَكَذَا لَرَدَدْتُهُ فدل ذلك من قوله على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض وروى أن عمر رضي الله عنه قال: مَالِي أَرَاكُمْ تَنْحِلُونَ لا نَحْلَ إلَّا مَا أَجَازَهُ الْمَنْحُولُ ولا مخالف لهما في الصحابة ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض ولأنه عقد لا

يلزم الوارث إلا بالقبض، فوجب أن لا يلزم الموروث إلا بالقبض كالرهن طرداً والبيع عكساً.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة ١] فهو أن المراد به لازم العقود ولزوم الهبة ركوب بالقبض لا بالعقد وقوله ﷺ: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يقيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» محمول على ما بعد القبض.

وأما قياسهم على الوصية فالمعنى في الوصية أنها لما لزمت الوارث لزمت الموروث، والهبة قبل القبض لما لم تلزم الوارث لم تلزم الموروث.

فصل: فإذا ثبت أن القبض شرط في لزوم الهبة فهو مختلف بحسب اختلاف المقبوضات فكل ما كان قبضاً في البيع كان قبضاً في الهبة إلا أن في البيع لو قبض ما دفع ثمنه بغير إذن بائعه صح في الهبة لو قبضها بغير إذن بائعه صح في الهبة لو قبضها بغير إذن الواهب لم تصح والفرق بينهما أن الرضى غير معتبر في قبض البيع فصح وإن كان بغير إذنه والرضى معتبر في قبض البيع فصح وإن كان بغير إذنه والرضى معتبر في قبض البيع فصح وإن كان بغير إذنه والرضى معتبر في قبض الهبة فلم يصح إلا بإذنه فلو كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له فلا بد أن يمضي عليه بعد عقد الهبة زمان القبض، وهل يحتاج أن يأذن له فيه أم لا؟ قال الشافعي: تمت الهبة بالعقد ومضى زمان القبض ولم يفتقر إلى إذن بالقبض وقال في الرهن إذا كان في يد المرتهن أنه لا بد أن يأذن له في القبض فكان أكثر أصحابنا ينقلون جواب كل من المسألتين إلى الأخرى ويخرجونها على قولين:

أحدهما: لا يحتاج فيهما إلى إذن بالقبض على ما نص عليه في الهبة، ويكون العقد فيهما إذناً بقبضهما.

والقول الثاني: لا بد فيهما من الإذن بالقبض على ما نص عليه في الرهن، وقال بعض أصحابنا ليس ذلك على قولين بل الجواب على ظاهره في الموضعين يحتاج في الرهن إلى إذن بالقبض ولا يحتاج في الهبة إلى إذن بالقبض والفرق بينهما أن الهبة تزيل الملك فقوي أمرها فلم تحتج في الهبة إلى إذن بالقبض والرهن أضعف منها لأنه لا يزيل الملك وافتقر إلى إذن بالقبض.

فصل: وليس من شرط القبض أن يكون على الفور بل إن كان على التراخي ولو بعد طويل الزمان جاز، فإذا قبض الهبة ففيما استقر به ملكها قولان:

أحدهما: أن القبض هو الملك فعلى هذا لو حدث من الشيء الموهوب نماء كثمرة نخل ونتاج وماشية فهو للواهب دون الموهوب.

والقول الثاني: أن القبض يدل على تقدم الملك بالعقد فعلى هذا يكون ما حدث من النماء ملكاً للموهوب له دون الواهب فإن كان الواهب فإن كان الواهب قد استهلكه قبل

تسليم الأصل لم يضمنه ويكون استهلاكه رجوعاً فيه أن لو كان هبة ولو استهلكه وقد حدث بعد تسليم الأصل ضمنه.

فصل. فأما الهدايا فهي مخالفة للهبات في حكمها لأن في الهبة عقداً بالقول يفتقر إلى بدل وقبول وليس في الهبة عقد يفتقر إلى بدل وقبول بل إذا دفعها المهدي إلى المهدى إليه فقبلها منه بالرضى والعقد فقد ملكها، وهكذا لو أرسلها المهدي مع رسوله جاز للمهدى إليه إذا وقع في نفسه صدق الرسول أن يقبلها فإذا أخذها من الرسول أو أذن لغلامه في أخذها من الرسول أو قال للرسول ضعهاموضعها استقر ملك المهدى إليه الهبة فلو قال المرسل لم أنفذها هدية وكذب الرسول بل أنفذتها وديعة فالقول قوله مع يمينه وهي باقية على ملكه، والهدايا تختص بالمأكولات وما أشبهها والهبات فيما زاد عليها، والعرف في ذلك قوى شاهد وأظهر دليل، فإن كانت الهدية في طرف فإن كان الطرف مما لم تجريه العادة باسترجاعه مثل قواصر التمر والفواكه وقوارير ماء الورد والأزهار إذا كانت سقفاً فهي مملوكة مع الهدية لأن العرف لم يجز باسترجاعها، وإن كانت الطروف كالطيافير المدهونة والفضار والزجاج المحكم وما شاكله مما جرى العرف باسترجاعه فهو غير مملوك مع الهدية وللمهدي بعد إرسال الهدية أن يسترجعها ما لم تصل إلى المهدى إليه فإن النبي ﷺ رجعت إليه هديته إلى النجاشي قبل وصولها إليه فملكها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ، نَحَلَ أَبُو بَكْرٍ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا جِدَادَ عِشْرِينَ وُسُقاً فَلَمَّا مَرِضَ قَالَ وَدِدْتُ أَنَّكِ كُنْتِ قَبَضْتِيهِ وَهُوَ اليَوْمَ مَالُ الوَارِثِ(وَمِنْهَا) بَعْدَ الوَفَاةِ الوَصَايَا وَلَهُ إِبْطَالُهَا مَا لَمْ يَمُتْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح تجوز الهبة لكل من صح منه الملك من طفل أو مجنون أو سفيه إلا أن السفيه يصح أن يقبل الهدية، والطفل والمجنون لا يصح منهما قبول الهدية، لأن لقول السفيه حكماً وليس لقول الطفل والمجنون حكم وإذا كان هكذا فالقابل للطفل والمجنون وليهما من أب أو وصي أو أمين حاكم وهو القابض لهما بعد القبول وأما السفيه فهو العائل ووليه هو القابض فإن قبضها السفيه تمت الهبة أيضاً، ولو قبضها الطفل والمجنون لم تتم الهبة والفرق بينهما ظاهر فإن كان الواهب للطفل أبوه فهل يحتاج في عقد الهبة إلى لفظ بالبدل والقبول أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحتاج إليه بل ينو به، لأنه يكون مخاطب نفسه.

والوجه الثاني: لا يريد من عقد بالقبول فيبذل من نفسه لابنه بنفسه فيكون في البذل والاقباض نائباً عن نفسه وفي القبول والقبض نائباً عن ابنه فأما أمين الحاكم فلا يصح ذلك منه إلا أن يقبله منه قابل ويقبضه منه قابض، وكذلك وصي الأب وهما معاً بخلاف الأب كما خالفاه في بيعه وشرائه.

فصل: قال الشافعي رحمه الله: ومنها بعد الوفاة الوصايا وله إبطالها ما لم يثبت وهذا

صحيح لأن الشافعي قسم العطايا ثلاثة أقسام في الحياة منها قسمان: الوقف والهبة، وبعد الموت قسم وهو الوصايا قد ذكرنا الوصايا وإن أفرد لها كتاباً لاقتضى التسليم لها وهي مخالفة للهبات من أربعة أوجه وإن جاز بيعها في سائر الأحكام.

أحدهما: أن الهبة عطية ناجزة، والوصية عطية متراخية بعد الموت.

والثاني: جواز الوصية بالمجهول وما لم يملك وبطلان الهبة بذلك.

والثالث: جواز الوصية لمن ليس بمالك في الحال من خمل ومتبطر وبطلان الهبة كذلك.

والرابع: تمام الوصية بالقبول دون القبض وتمام الهبة بالقبض فهذه أربعة.

وخامس مختلف فيه: وهو المكافاة لا تستحق في الوصية وفي استحقاقها في الهبة قولان نذكرهما من بعد إن شاء الله عز وجل.

باب العمرى والرقبى من اختلاف مالك والشافعي رضي الله عنهما

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ عَنْ طَاوُس عَنْ حجرٍ المدريِّ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ الْعُمْرَىٰ لِلْوَارِثِ وَمِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ». قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهُوَ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَابْنِ عُمَرَ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَعُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَبِهِ أَقُولُ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ عِنْدِي فِي الْعُمْرَى أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ قَدْ جَعَلْتُ دَارِي هَذِهِ لَكَ عُمْرَكَ أَوْ حَيَاتَكَ أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرِي أَوْ رُقْبِي وَيَدْفَعَهَا إِلَيْهِ فَهِيَ مِلْكٌ لِلْمُعْمِرِ تُورثُ عَنْهُ إِنْ مَاتَ».

قال الماوردي: اعلم أن العمرى والرقبى عطيتان من عطايا الجاهلية ورد الشرع فيهما بأمر ونهي، اختلف الفقهاء لأجلهما وفي الذي أريد بهما، أما العمرى فهو أن يقول: جعلت داري هذه لك عمري أو يقول: قد جعلتها لك عمرك أو مدة حياتك، فيكون له مدة حياته وعمره فإذا مات رجعت إلى المعمر إن كان حياً أو إلى وارثه إن كان ميتاً سميت عمرى لتمليكه إياها مدة عمره وحياته، وإذا مات رجعت إلى المعمر ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾ [هود: ٦١] يعني أسكنكم فيها مدة أعماركم فصرتم عمارها.

وأما الرقبى فهو أن يقول: قد جعلت داري هذه لك رقبى، يعني: إنك ترقبني وأرقبك وإن مت قبلي رجعت إليّ وإن مت قبلك فالدار لك، فسميت رقبى من مراقبة كل واحد منهما لصاحبه، وكان الناس في الجاهلية على ما وصفنا في العمرى والرقبى إلى أن جاء ما رواه الشافعي بإسناده في أول الكتاب فاختلف الفقهاء في الرقبى والعمرى، فذهب داود وأهل الظاهر، وطائفة من أصحاب الحديث إلى بطلانها استدلالاً بعموم النهي، وذهب الشافعي ومالك وأبو حنيفة وصاحباه: إلى جوازها على ما سنذكره استدلالاً برواية قتادة عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ قال: «الْعُمْرَى جَائِزَةٌ»[1].

وروى الشافعي عن عبد الوهاب عن هشام عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن

(١) أخرجه البخاري ٢٣٨/٥ في الهبة (٢٦٢٦) ومسلم ١٢٤٨/٣ في الهبات (١٦٢٦/٣٢).

جابر عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «الْعُمْرَى لِمَنْ وَهَبَ»[1] فأما قوله: «لاَ تُعْمِرُوا وَلاَ تُرْقِبُوا»[2] فقد اختلف أصحابنا إلى ماذا يوجه النهي على وجهين: أحدهما: أنه يوجه إلى الحكم، وهذا أظهر الوجهين فيه؛ لأنه قال: «فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ».

والوجه الثاني: أنه يوجه إلى اللفظ الجاهلي والحكم المنسوخ على ما سنشرحه من بعد.

فصل: فإذا صح في الجملة جواز العمرى فقد اختلفوا هل يتوجه التمليك فيها إلى الرقبة أم المنفعة؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف: التمليك فيها يتوجه إلى الرقبة كالهبات.
والمذهب الثاني: وهو قول مالك: إن التمليك فيها متوجه إلى المنفعة والرقبة. **والمذهب الثالث:** وهو قول أبي حنيفة ومالك أن التمليك في العمرى يتوجه إلى الرقبة وفي العمرى متوجه إلى المنفعة.

والدليل على أنه تمليك بهما معاً الرقبة ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فَإِنَّهُ لِلَّذِي يُعْطَاهَا لاَ يَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا» لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، وما رواه الشافعي في صدر الباب عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ «جَعَلَ الْعَمْرَى لِلْوَارِثِ» ولأن لفظ العمرى والرقبى في قولهم قد جعلت داري هذه لك عمرى أو رقبى متوجه إلى الرقبى لوقوع الإشارة إليها، وتعلق الحكم بها فوجب أن يتوجه التمليك إليها.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا أن العمرى والرقبي يملك بهما الرقبى فسنشرح المذهب فيها ونبدأ بالعمرى منهما وللمعمر في العمرى ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقول: قد جعلتها لك عمرك.

والثاني: أن يقول: قد جعلتها لك عمرى.

والثالث: أن يقول قد جعلتها لك عمري أنا.

فأما الحال الأول وهو أن يقول: قد جعلتها لك عمرك أو حياتك فلا يخلو في ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقول: قد جعلتها لك عمرك ولعقبك من بعدك، أو لورثتك بعدك، فهذه

---

(١) أخرجه مسلم ١٢٤٦/٣ في الهبات (١٦٢٥/٢٥) وأبو داود (٣٥٥٠) والنسائي (٢٧٧/٦) وأحمد في المسند ٣٠٢/٣ والبيهقي ٧٣/٦.

(٢) أخرجه الشافعي في المسند ١٦٨/٢ في الهبة حديث (٥٨٧) وأبو داود ٨٢٠/٣ في البيوع (٣٥٥٦) وأخرجه النسائي ٢٧٣/٦.

عطية جائزة وتمليك صحيح قد ملكها المعمر ملكاً تامّ ثم صارت لورثته من بعده هبة ناجزة وملكاً صحيحاً وتمامها بعد عقد العمرى بالقبض الذي به تتم الهبات، وليس للمعطي بعد الإقباض الرجوع فيها وإن كان قبله مخيراً.

والقسم الثاني: أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمرك على أنك إذا مت عادت إليّ إن كنت حياً أو إلى ورثتي إن كنت ميتاً، فهذه عطية وتمليك فاسد؛ لأن تمليك الأعيان لا يصح أن يتقدر بمدة ولا يجوز أن يجعل على التأبيد لما كان الشرط يقتضي أن يكون فاسداً ثم هي على ملك المعطي سواء أقبض أو لم يقبض، وله استرجاعها وإن تصرف فيها المعطى، أو لا يرجع عليه بأجرها مدة تصرفه فيها لأنه قد أباحه إياها.

والقسم الثالث: أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمرك ولا يشترط أن يرجع إليه بعد موته كما ذكرنا في القسم الثاني ولأن يكون له ولورثته كما ذكرنا في القسم الأول ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم رواه الزعفراني عنه أنه عطية باطلة لتقديرها بمدة الحياة ولأن جابر روى أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ»[1] فإنها للذي يعطاها لا يرجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فجعل صحيح العطية بأن يجعله له ولعقبه، فإذا لم يجعلها لعقبه لم يصح، ولأنه تمليك عين قدر بمدة فوجب أن يكون باطلاً كما لو قال: بعتك داري هذه عمرك، ولأنها عمرى مقدرة فوجب أن تكون باطلة كما لو قال: قد أعمرتكها سنة، ولأنه إذا جعلها له مدة عمره فقد يحتمل أن يريد الرجوع إليه بعد موته فيبطل، ويحتمل أن يريد أن يورث عنه فيصح، فلم يجز أن يحمل على الصحة مع الاحتمال الفاسد.

والقول الثاني: وهو الصحيح وبه قال في الجديد وأكثر القديم أنها عطية جائزة وتمليك صحيح يكون للمعطى في حياته ثم لورثته بعد وفاته بقوله ﷺ «لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ» ولرواية زيد أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْعُمْرَى للوارثِ، ولما روي أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ أَعْمَرَ أُمَّهُ عَبْداً فَلَمَّا تُوُفِّيَتْ نَازَعَهُ الْوَرَثَةُ فِيهِ فَقَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِهِ مِيرَاثاً فَقَالَ الرَّجُلُ يَارَسُولُ اللَّهِ إِنَّمَا جَعَلْتُهُ لَهَا عُمْرَهَا فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَام «فَذَلِكَ أَبْعَدُ لَكَ» ولأن الاملاك المستقرة إنما يتقدر زمانها بحياة المالك، ثم تنتقل بعد موته إلى ورثة المالك فلم يكن ما جعله له من الملك مدة حياته منافياً لحكم الأملاك وإذا لم تنافيه اقتضى أن يصح وإذا صح اقتضى أن يكون موروثاً فأما البيع إذا قال: بعتكها مدة حياتك فهو باطل.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: وهو فرق ابن سريج على هذا الشرط يقتضي فسخاً منتظراً، والبيع إذا كان فيه فسخ منتظر بطل، والهبة إذا كان فيها فسخ منتظر لم تبطل كهبة الأب فلذلك بطل البيع بهذا الشرط ولم يبطل العمرى بهذا الشرط.

---

(١) أخرجه مسلم ١٢٤٥/٣ في الهبات (١٦٢٥/٢٠).

والفرق الثاني: وهو فرق أبي اسحاق المروزي أن شروط البيع تقابل جزاء من الثمن فإذا بطلت سقط ما قابلها منه فأفضى إلى جهالة الثمن فلذلك بطل البيع بهذا الشرط وليس في العمري ثمن يقضي هذا الشرط إلى جهالته فلذلك صحت مع الشروط.

فأما رواية جابر أنَّـه أعمر عمرى له ولعقبه مع باقي الروايات المطلقة التي هي على العموم إذ ليس تتنافى في ذلك فإذا قلنا بقوله في القديم أن التمليك للرقبة لا يصح فإن الميراث فيها لا يستحق فقد اختلف أصحابنا على هذا القول هل يملك المعمر المعطي الانتفاع بها مدة حياته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه قد ملك الانتفاع بها مدة حياته وهذا مذهب مالك.

والوجه الثاني: وهو الصحيح أنه لا يملك الانتفاع بها، لأن التمليك متوجه إلى الرقبة بما ذكرناه وإذا بطل لم يجز أن ينتقل إلى ملك المنفعة كالبيع الفاسد، فعلى هذا الوجه لو تصرف فيها المعطي وانتفع لم يكن عليه أجرة، لأنها مباحة له ولأن كل ما لا يضمن بالعقد الصحيح لا يضمن بالعقد الفاسد، ولكن لو تلفت في يده فإن كان تلفها من غير فعله لم يضمن لما ذكرنا وإن كان تلفها بفعله ضمنها، لأنه عدوان، وهو غير مالك لها، فهذا حكم قوله: (قد جعلتها لك مدة عمرك) وإن قلنا بقوله في الجديد أن العطية صحيحة وأن العمرى موروثة فلا رجعة للمعمر المعطي فيها بعد القبض.

فصل: فأما الحالة الثانية: وهو أن يقول: قد جعلتها لك عمرى إشارة إلى عقد العمرى من غير أن يقدر ذلك بعمر أحد، ففيها قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم أنها باطلة، للنهي عنها ولا يملك بها المعمر المعطي المنفعة مدة حياته كما لا يملك لرقبته وجهاً واحداً لأننا قد دللنا على أن التمليك بالعمرى متوجه إلى الرقبة فإذا بطل لم يملك بها المقصود بها غير أنه لم يضمن الأجرة إن سكن أو تصرف فلو كانت العمرى نخلاً فأثمرت لم يملك الثمرة، ولو كانت شاة فنتجت لم يملك الولد، فإن تلفت الثمرة في يده وهلك الولد، فإن كان بغير فعله لم يضمن، وإن كانت بفعله ضمن.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد أنها جائزة، وهي ملك له في حياته ثم لورثته بعد وفاته لرواية أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهُ مِنْ عقبِهِ».

فصل: وأما الحال الثالثة وهو أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمري أو جعلتها عمر زيد والحكم فيهما واحد والمذهب أنها عطية باطلة، لأنه لا يملكه إياها عمره فيورث عنه ولا جعلها عمرى فيستعمل فيها الخبر، وإنما قدر ذلك بعمر نفسه أو عمر أجنبي فاقتضى لما هي عليه من خلاف الاصل خروجها من حكم النفي أن تبطل، وهكذا لو قال: قد أعمرتكها

سنة أو شهراً كانت كذلك في البطلان، وكان بعض أصحابنا يغلب فيها حكم العمرى، ويخرجها على قولين وهو خطأ لما بيناه.

فصل: وأما الرقبى فعلى ضربين:

أحدهما: أن يشترط ارتقاب كل واحد منهما لصاحبه فيقول: قد جعلتها لك رقبى ترقبني وأرقبك فإن مت قبلي رجعت إلي وإن مت قبلك فهي لك، فهذه عطية باطلة، لما في هذا الشرط من منافاة الملك.

والضرب الثاني: أن يشترط ذلك بل يقول: قد جعلتها لك رقبى فعلى قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم أن ذلك باطل لا يحصل به التمليك اعتباراً بمقصود اللفظ.

والقول الثاني: وهو الجديد أنها عطية جائزة يملكها المعطي أبداً ما كان حياً ويورث عنه إن مات سواء كان المطي حياً أو ميتاً استدلالاً بقوله ﷺ: «فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ»

بابُ عَطِيَّةِ الرَّجُلِ وَلَدَهُ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ يُحَدِّثَانِهِ عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ أَبَاهُ أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَاماً كَانَ لِي فَقَال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟»قَالَ لاَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَلَيْسَ يَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا فِي البِرِّ إِلَيْكَ سَوَاءً؟» فَقَالَ بَلَى قَالَ«فَارْجِعْهُ»قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَبِهِ نَأْخُذُ وَفِيهِ دَلاَلَةٌ عَلَى أُمُورٍ مِنْهَا حُسْنُ الأَدَبِ فِي أَنْ لاَ يُفَضِّلَ فَيَعْرِضُ فِي قَلْبِ المَفْضُولِ شيْءٌ يَمْنَعُهُ مِنْ بِرِّهِ فَإِنَّ القَرَابَةَ يَنفس بَعْضُهُمْ بَعْضاً مَا لاَ ينفسُ العِدَى وَمِنْهَا أَنَّ إِعْطَاءَهُ بَعْضَهُمْ جَائِزٌ وَلَوْلاَ ذَلِكَ لَمَا قَالَ ﷺ «فَارْجِعْهُ» وَمِنْهَا أَنَّ لِلْوَالِدِ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا أَعْطَى وَلَدَهُ وَقَدْ فَضَّلَ أَبُو بَكْرٍ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بِنَخْلٍ وَفَضَّلَ عُمَرُ عَاصِماً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بِشَيْءٍ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ وَفَضَّلَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَلَدَ أُمِّ كُلْثُومٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: أفضل الهبات صلة ذوي الأرحام لقوله ﷺ: «خَيْرُ الصَّدَقَةِ عَلَى ذِي الأَرحَامِ الكَاشِحِ» فإذا وهب لولد فيختار التسوية في الهبة ولا يفضل ذكراً على أنثى، وبه قال مالك وأبو حنيفة وهو مذهب شريح ومحمد بن الحسن وأحمد واسحاق إلى أن الأفضل أن يعطى الذكر مثل حظ الانثيين استدلالاً بقسمته لأحدهم سهم في المواريث.

ودليلنا ما رواه عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ وَلَوْ كُنْتُ مُفَضِّلاً لَفَضَّلْتُ الْبَنَاتِ»[1]وهذا يمنع من حملهم على المواريث وإن كان فيها ما يسوي بين الذكور والإناث كالإخوة من الأم وكالأبوين مع الابن والله أعلم

مسألة: فإن لم يسو بينهم وخص بالهبه بعضهم كانت الهبة جائزة وإن أساء وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال طاوس وأحمد وإسحاق وداود الهبة باطلة استدلالاً بقوله ﷺ لبشير«كُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَهُ؟» قَالَ: «فَأَرْجِعْهُ» وروي أنه قَالَ«فَأَشْهِدْ غَيْرِي عَلَى التبرُّؤ مِنْ فِعْلِهِ» ودل قوله

---

(١) ضعيف أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٧٧/٦ سعيد بن يوسف متفق على ضعفه.

هـذا جـور على ذَمَّـةَ فِعْلِهِ قـالـوا ولأن تفضيـل بعضهم على بعض يؤدي إلى عقـوق بـاقيهم وما نُصب على العقوق فهو عقوق، والعقوق حرام.

ودليلنا قوله ﷺ «فَأَرْجِعْهُ»(١) فلولا تعود الهبـة لما أمـره بالاسترجاع ثم قـوله: «أَشْهِـدْ غَيْرِي» دليل على عدم الجواز لأن ما لا يجوز لرسول الله ﷺ أن يشهد فيه لا يجـوز لغيره أن يشهد فيه وإنما أمره بإشهاد غيره استئنافاً، وهذا جواب ودليل قـوله هـذا جواب أي ميـل يقال فجاز السهم إذا مال عن الرميـة فقـال ذلك لأنـه مال إلى المـوهوب لـه وقد روي أَنَّ أَبَـا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خَصَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بِنَخْلٍ عِشْرِينَ وُسْقاً مِنْ تَمْرٍ وَقَالَ وَدِدْتُ إِنَّكِ قَـدْ قَبَضْتِيهِ وَهُوَ الْيَـوْمُ مِنْ مَالِ الْـوَارِثِ وفضل عمـر بن الخطاب رضي الله عنـه عاصمـاً بنخل وخص عبد الرحمن بن عوف ولد أم كلثـوم ولأنه لمـا جاز أن يجمـع جميعهم جاز أن يعـطي جميعهم جاز أن يفعل ذلك بجميعهم كالأجـانب، ولأنه لمـا جازت هبـة بعض الأولاد للأب جازت هبة الأب لبعض الأولاد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوِ اتَّصَلَ حَدِيثُ طَاوُسَ «لاَيَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ إِلاَّ وَالِدٍ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ» لَقُلْتُ بِهِ وَلَمْ أُرِدْ وَاهِباً غَيْرَهُ وَهَبَ»(٢).

قـال الماوردي: وهـذا صحيح والحـديث متصـل، وليس لـواهب أقبض مـا وهب أن يرجع فيه إلا أن يكون والداً فيجوز له الرجوع، فأما من سواه فلا رجوع له سواء كان أجنبياً أو ذا رحم، وقال أبو حنيفة: رحمه الله: إن وهب لذي رحم محرم لم يجز أن يرجع في هبته له وإن وهب لذي غير رحم جاز الرجوع، فأما أبو حنيفة فالكلام معه في فصلين:

أحدهما: جواز رجوع الأب في هبته وأبو حنيفة يمنع منه.

والثاني: منع الأجنبي من الرجوع في هبتـه، وأبو حنيفـة فأمـاالفصل الأول وهـو جواز رجوع الأب في هبته فاستدل أبو حنيفة على المنع من رجوعه بقوله ﷺ: «لاَيَحِلُّ مَـالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» فكان عموم هذا يمنع من رجوعه فيمـا ملك الابن عنه، وبـرواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِيهِ» وبمـا روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنـه قال: مَنْ وَهَبَ لِـذِي رَحِمٍ لَمْ يَرْجِـعْ وَمَنْ وَهَبَ لَغَيْرِ ذِي رَحِمٍ رَجَعَ مَا لَمْ يُثِبْ قال: ولأن الهبة لذي الرحم صدقة، لأن المقصود بها ثـواب الله تعالى دون

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ١٦٧/٢ في الهبـة والعمرى (٥٨٣) وأخـرجه البخـاري ٢١١/٥ في الهبة (٢٥٨٧) ومسلم ١٢٤٢/٣ في الهبات (١٦٢٣/١٣).

(٢) أخـرجه الشـافعي في المسنـد ١٦٨/٢ في الهبـة (٥٨٤) وعبـدالـرزاق في المصنف ١١٠/٩ والبيهقي ١٧٩/٦.

المكافأة فلما لم يجز أن يرجع في الصدقة لم يجز أن يرجع في الهبة لذي الرحم، ولأن في الرجوع في الهبة عقوقاً وعقوق ذي الرحم حرام، ولأنه لو وهب بشرط الثواب فأثيب لم يرجع وهذا قد أثيب من قبل الله تعالى في هبة الرحم فلم يجز أن يرجع.

ودليلنا قوله ﷺ لبشير في هبته للنعمان من بين ولده «فَأَرْجِعْهُ» فلولا أن رجوعه جائز لما أمره به ولكان الأولى لو فعله أن يمنعه منه، وروى عمرو بن سعيد عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «لَا يَجُوزُ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ وَيَرْجِعَ فِيهَا كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ»، وهذا نص لم يكن متصلاً عند الشافعي وقد ثبت اتصاله، وبهذا يخص ما استدل به من عموم الخبر الأول، ويتمم ما اقتصر عليه من بقية الخبر الثاني، وقال ﷺ: «أَوْلَادُكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا مِنْ طِيبِ كَسْبِكُمْ»، فميز الولد من غيره وجعله كسباً لوالده فكان ما كسبه الولد منه أولى أن يكون من كسبه، وقد يتحرر من هذا الاعتلال قياس فيقال: لأنه وهب كسبه لكسب غير معتاض عنه فجاز له الرجوع فيه كما لو وهب لعبده، ولأن ما للولد في يد والده لجواز تصرفه فيه إذا كان صغيراً وأخذ النفقة منه إذا كان كبيراً فصارت هبة له وإن خرجت عن يده في حكم ما وهبه وهو باق في يده، فإذا جاز أن يرجع فيما وهبه لغيره إذا لم يقبضه لبقائه في يده جاز أن يرجع فيما وهبه لولده وإن أقبضه، لأنه في حكم الباقي في يده، وتحرير هذا الاستدلال قياساً أنها هبة يجوز تصرفه فيها فجاز له الرجوع فيها قياساً على ما لم يقبض، ولأن الأب لفضل حنوه تباين أحكامه أحكام غيره فلا يعاديه ولا تقبل شهادته له، ويجوز أن يتصرف في يديه بالتزويج وفي ماله بالعقود لفضل الحنو وانتفاء التهم فجاز أن يخالف غيره في جواز الرجوع في الهبة، لأن انتفاء التهمة تدل على أن رجوعه فيها لشدة الحاجة منه إليها، ولأننا وأبا حنيفة قد أجمعنا على الفرق في الهبة بين الأجنبي وذي الرحم فلأن يكون الرجوع فيها مع ذي الرحم المباعض دون الأجنبي أولى منه أن يكون مع الأجنبي دون ذي الرحم لثلاثة أمور.

أحدها: النص المعاضد.

والثاني: البعضية الممازجة.

والثالث: التمييز بالأحكام المخصوصة، وفي هذه المعاني جواب، وجوابهم عن الاستدلال بالثواب فهو أنه إذا أثبت بالمال فقد وصل إليه البدل فلم يجز أن يصير جامعاً بينه وبين المبدل فخالف من لم يصل إليه البدل على أن ثواب الله تعالى إنما يستحقه في الهبة غير الراجع فيها من الآباء.

فصل: وأما الفصل الثاني في أن غير الأب لا يجوز أن يرجع في هبته، وأجاز أبو حنيفة للأجنبي أن يرجع فيها، استدلالاً بحديث عمرو.

ودليلنا مع ما قدمناه من حديث طاوس أن كل من وجب له القصاص على واهبه

لم يملك واهبه الرجوع عليه في هبته كالأخ طرداً والوالد عكساً، ولأن انتفاء القرابة تمنع من الرجوع في الهبة المقبوضة كالزوجين، ولأنها هبة لا يجوز الرجوع فيها بغير حكم حاكم فلم يجز الرجوع فيها بحكم حاكم كالهبة على الثواب.

فصل: وإذا ثبت أن ليس لغير الوالد أن يرجع فيما وهب لولده فلا فرق بين الأب والأم والجد والجدة، ومنع مالك الأم والجد أن يرجعا في هبتهما تعلقاً بحقيقة الأم في الولد فهذا ليس بصحيح، لأن كلهم والد فيه بعضية، فأما الولد فلا يجوز له الرجوع في هبته للوالد لما بينهما من الفرق وفضل الحنو وحق الولاية وجواز التصرف، فإذا صح أن كل واحد منهما والد ووالدة أو جد أو جدة وهب فله الرجوع في هبته سواء قال الأب: قصدت بالهبة بره فعق ولم يبر، أو قال لم أقصد ذلك، وقال ابن سريج: إنما يرجع الأب في هبته إذا قال قصدت بها بره وظهور إكرامه ولم يبر ولم يكرم، ولا يجوز أن يرجع إن لم يقل ذلك ويدعيه، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: عموم الخبر.

والثاني: أن ما جاز به الرجوع فهذا المعنى غير مؤثر فيه كما أن ما لا يجوز به الرجوع فهذا غير مؤثر فيه.

فصل: فأما إذا تصدق الأب على ولده فقد اختلف أصحابنا هل يجوز له الرجوع فيها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز تغليباً لحكم الهبات.

والثاني: لا يجوزاعتباراً بحكم الصدقات، ولا فرق بين أن يكون الولد ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، مسلماً أو كافراً.

فصل: ولو تداعا رجلان طفلاً وقال كل واحد منهما هو ابني ثم وهبا له هبة لم يكن لواحد منهما الرجوع في هبته، لأنه لا يحكم لواحد منهما بأبوته، فإن انتفا عن أحدهما ولحق بالآخر فهل لمن لحق به الرجوع فيما تقدم من هبته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع، لثبوت أبوته.

والثاني: لا يرجع، لأنه حين وهب كان ممن لا يرجع.

فصل: وإذا وهب الأب لأولاده ثم أراد أن يرجع في نفسه لبعضهم جاز وفي كراهيته وجهان:

أحدهما: يكره له استرجاع الهبة من بعضهم حتى يسترجعها من جميعهم كما يكره له الهبة لبعضهم حتى يهب لجميعهم.

وا ثاني: لا يكره لأن الخبر في التسوية في العطاء لا في المنع.

فصل: وإذا وهب لابنه هبة فباعها الابن أو استهلكها فليس للأب الرجوع ببدلها وإنما

يرجع لو كانت باقية في يده، وهكذا لو رهنها الابن لم يكن للأب الرجوع بها ما كانت رهناً، فإن افتكها الابن جاز للأب الرجوع بها، ولو باعها الابن ثم ابتاعها أو ورثها فهل للأب الرجوع فيها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع بها، لبقائها في يده.

والثاني: لا يرجع بها، لخروجها عن ملك الابن.

فصل: فلو كانت باقية في يد الابن ثم حكم الحاكم بفلسه ففي جواز رجوع الأب بها وجهان:

أحدهما: يرجع بها، لبقائها في يده.

والثانية: لا يرجع بها، لتعلق حق الغرماء بها.

فصل: ولو وهب الأب لابنه هبة ثم وهبها الابن لابنه جاز للابن أن يرجع بها على ابنه وهل للأب الرجوع بها على ابن ابنه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع بها، لأنه ابن ابنه الذي يجوز له الرجوع عليه بهبته.

والثاني: لا يرجع بها، لأنه غير الواهب له، فعلى هذا لو استرجعها الابن من ابنه ففي رجوع الأب بها وجهان.

فصل: ولو وهب لابنه جارية فأعتقها الابن، أو داراً فوقفها لم يكن للأب الرجوع بها ولا بقيمتها، لأنها في حكم المستهلكة، وهكذا لو وطىء الابن الجارية فأحبلها لا يمكن للأب الرجوع بها ولا بقيمتها، لأن من ملك أم الولد لا يجوز أن تنتقل إلى مالك آخر ولكن لو لم يحبلها جاز للأب الرجوع بها ثم وطئها حرام عليه، لأنها صارت من حلائل أبنائه، وليس للأب مطالبته بأرش التحريم وهكذا لو كانت الأمة بكراً فافتضها الابن لم يكن له مطالبته بأرش البكارة، فلو جنى عليها في يد الابن جناية أخذ أرشها ثم رجع الأب بها لم يرجع بأرش الجناية على ابنه، لأنه بدل مما فات رجوع الأب به فصار أرش جنايتها كثمنها لو باعها، فلو كان الابن كاتبها لم يكن للأب الرجوع بها إلا أن تكون الكتابة فاسدة فيرجع بها، فإن عجزت عن الكتابة الصحيحة رجع الأب بها وجهاً واحداً بخلاف ما لو باعها، لأن البيع يزيل الملك، والكتابة توقف الملك ولا تزيله، فلو دبرها الابن أو أعتقها بصفة لو بات جاز للأب الرجوع بها لبقائها على ملكه، ولم ينقل ملكها إلى غيره فلو كان الابن قد زوجها رجع الأب بها والنكاح على حاله، وكذلك لو أجرها الابن جاز للأب الرجوع بها والإجارة بحالها إلى انقضاء مدتها والأجرة والمهر معاً للابن دون الأب.

فصل: ولو كانت الهبة شاة فنتجت ثم رجع الأب بها كان النتاج للابن دون الأب، فلو كانت الشاة عند الهبة حاملاً ثم ولدت في يد الابن ثم رجع الأب بالشاة ففي ولدها قولان من اختلاف قوليه في الحمل، فلو كانت الشاة حائلاً ثم رجع الأب بها حاملاً ففي ولدها إذا

وضعته أيضاً قولان، ولو كانت الهبة نخلاً فأثمرت في يد الابن ثم رجع الأب بالنخل فإن كانت الثمرة مؤبرة عند رجوع الأب فهي للابن، وإن كانت غير مؤبرة ففيها قولان:

أحدهما: للابن أيضاً، لأنها مما تتميز.

والثاني: للأب، لأن ما يؤبر من النخل تبع لأصله كالبيع.

فصل: ولا يصح رجوع الأب في هبته إلا بالقول الصريح، سواء كان الابن صغيراً أو كبيراً بخلاف هبته لابنه الصغير حيث جوزناها بالنية في أحد الوجهين، لأنه استرجاع ملك فكان أغلظ ثم لا يصح أن يكون الرجوع معلقاً بصفة حتى لو قال إذا دخلت الدار فقد رجعت في هبتي لابني لم يجز، وهل يجوز ذلك في رجوعه في الوصية؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز كالهبة.

والثاني: يجوز، لأنه لما جازت الوصية بالصفة جاز الرجوع فيها بالصفة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «لِمَنْ يَسْتَثِيبُ مِنْ مِثْلِهِ أَوْ لَا يَسْتَثِيبُ».

قال الماوردي: اعلم أن الهبة نوعان نوع لا يقتضي المكافأة ونوع يقتضيها، فأما ما لا يقتضي المكافأة فمن ثمانية أوجه.

أحدها: هبة الإنسان لمن دونه، لأن المقصود بها التفضل.

والثاني: هبة الغني للفقير، لأن المقصود بها النفع.

والثالث: هبة البالغ العاقل للصبي أو المجنون، لأنها ممن لا يصح الاعتياض منها.

والرابع: الهبة للأهل والأقارب، لأن المقصود بها صلة الرحم.

والخامس: الهبة للمنافر المعادي، لأن المقصود منها التآلف.

والسادس: الهبة للعلماء والزهاد، لأن المقصود بها القربة والتبرر.

والسابع: الهبة للأصدقاء والإخوان، لأن المقصود بها تأكيد المودة.

والثامن: الهبة لمن أعان بجاه أو بمال، لأن المقصود بها المكافأة، فهذا النوع من الهبة على هذه الأوجه الثمانية لا يستحق عليها المكافأة، وإذا أقبضها الموهوب له بعد القبول فقد ملكها ملكاً مستقراً كالذي يملك بابتياع أو ميراث.

فصل: وأما ما يقتضي المكافأة فهو ما سوى هذه الوجوه مما يظهر أن المقصود بها طلب المكافأة عليها ففي وجوب المكافأة قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك: أن المكافأة عليها واجبة، لقوله ﷺ لسلمان إنا نقبل الهدية ونكافىء عليها، ولرواية أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ أَعْرَابِياً أَهْدَى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَاقَةً فَكَافَأَهُ فَلَمْ يَرْضَ فَكَافَأَهُ فَلَمْ يَرْضَ فَلَمْ يَزَلْ يُكَافِئُهُ حَتَّى رَضِيَ ثُمَّ قَالَ: هَمَمْتُ أَنْ لَا أَتَّهِبَ إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ وإنما خص هذا، لأنهم

مشهورون بسماحة النفوس وقلة الطمع فلولا وجوب المكافأة لما صبر على طمع الأعرابي وآذاه، لأن العرف الجاري في الناس المكافأة بها يجعله كالشرط فيها ويكون قبول الهبة رضى بالتزامها.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو مذهب أبي حنيفة أن المكافأة عليها غير واجبة، لقوله ﷺ «لاَيَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»، ولأن ما صح تملكه من غير ذكر بدل لم يستحق فيه البدل كالوصية والصدقة، ولأن العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف العاقدين لها اعتباراً بسائر العقود من البيع والإجارة في استحقاقه، والوصية والعارية في إسقاطه.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قلنا بأن الثواب لا يجب فإن المكافأة لا تستحق فأثاب الموهوب له وكافأ فهي هبة مبتدأة لا يتعلق حكم واحدة من الهبتين بالأخرى، فلو استحقت إحداهما أو ظهر بها عيب فالأخرى على حالها لا يجوز أن تسترجع، فإن شرط على هذا القول في نفسه ثواباً ومكافأة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الثواب الذي شرط مجهولاً فالهبة باطلة، لاشتراط ما ينافيها.

والضرب الثاني: أن يكون معلوماً ففيها قولان.

أحدهما: باطلة، لما ذكرنا من التعليل.

والقول الثاني: جائزة، لأنها معاوضة على بدل معلوم كالبيع، فإن كان بلفظ الهبة فإذا قلنا ببطلان الهبة عند اشتراط الثواب معلوماً كان أو مجهولاً فالموهوب له ضامن لها بالقبض، لأنها مقبوضة على وجه المعاوضة، وعليه ردها لفساد العقد، فلو تلفت في يده كان ضامناً لها كالمقبوض من بيع فاسد بأكثر ما كان قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف على أصح المذهبين في ضمان البيع الفاسد، ولو نقصت مع بقاء عينها ضمن قدر نقصها، فإذا قلنا بصحة الهبة عند اشتراط الثواب المعلوم فهي كالبيع المحض يستحق فيه خيار المجلس بالعقد وخيار الثلث بالشرط، ويجوز اشتراط الرهن والضمين فيه، وإن استحقت الهبة وجب رد الثواب، وإن استحق الثواب وجب رد الهبة وإن كان الثواب معيناً أو غرم مثله مع بقاء الهبة إن كان الثواب موصوفاً، وإن ظهر في الهبة عيب كان الموهوب له بالخيار بين المقام والفسخ.

فصل: وإن قلنا إن الثواب واجب والمكافأة مستحقة فلا يخلو أن يشترط الثواب أولاً بشرطه، فإن لم يشترطه لزمه بالعقد، وفيه ثلاثة أقاويل.

أحدها: أن عليه أن يثيب ويكافىء حتى يرضى الواهب، لأن النبي ﷺ لَمْ يَزَلْ يُكَافِىءُ الأَعْرَابِيَّ حَتَّى رَضِيَ.

والقول الثاني: عليه أن يكافىء بما يكون في العرف ثواباً لمثل تلك الهبة، لأن الرضى لا ينحصر فكان العرف أولى أن يعتبره.

والقول الثالث: عليه أن يكافىء بقدر قيمة الهبة لا يلزمه الزيادة عليها، ولا يجزئه النقصان منها، لأن ما استحق فيه البدل إذا عدم المسمى رجع إلى القيمة اعتباراً بمهر المثل وقيم المتلفات، فعلى هذا يكون الموهوب له بالخيار بين أن يكافىء في مقدار ما ذكرناه من الثواب وبين أن يرد الهبة، ولا خيار للواهب في أحد الأمرين، فإن رد الهبة لم يكن للواهب أن يطالبه بالثواب، فإن ردها ناقصة فإن كان نقصها بفعله ضمنه للواهب، وإن كان بغير فعله ففي ضمانه إياه وجهان أصحهما عليه ضمانه.

والثاني: لا يضمنه، وإن ردها وقد زادت فإن كانت الزيادة لا تتميز كالطول والسمن أخذها الواهب زائدة، لأن ما لا يتميز من الزيادات تبع للأصل، وإن كانت الزيادة متميزة فهي للموهوب له كالنتاج والثمرة، لحدوثها على ملكه ولا يلزمه دفعها إلى الواهب وإن رد عليه الهبة، وإن لم يرد الهبة وكافأه عليها بما ذكرناه من الثواب فيها فالواهب بالخيار بين أن يقبل المكافأه وبين أن لا يقبل، ولا خيار له في استرجاع الهبة، فإن قبل المكافأة ثم استحقت من يده فالموهوب له بالخيار بين أن يكافئه ثانية وبين أن يرد الهبة، ولو استحقت الهبة دون المكافأة كان للموهوب له أن يرجع بالمكافأة، فلو قال الواهب أنا أهب لك مثل تلك الهبة ولا أرد المكافأة لم يكن ذلك له بخلاف استحقاق المكافأة، فلو لم يكافأ الموهوب له عن نفسه وكافأه عنه غيره جاز ولا رجوع للواهب، لوصول الثواب إليه، ولا رجوع للمكافىء على الموهوب له بما أثاب عنه وكافأ؛ لأنه متطوع إلا أن يكافىء بأمره فيرجع عليه، فلو لم يكافئه الموهوب له عن الهبة حتى تلفت في يده بغير فعله ففي وجوب الثواب عليه قولان:

أحدهما لا يجب عليه الثواب، لأنه إنما يجب عليه أن يكافىء ويثيب في الحال التي إن رد ولم يثب فعلى هذا تتلف غير مضمونة عليه.

والقول الثاني: أن الثواب واجب عليه لاستحقاقه بالعقد، فإن أثاب وإلا ضمنها بالقيمة لتلفها عن بدل فائت.

فصل: وإن اشترط الواهب الثواب على هذا القول فلا يخلو أن يشترطه معلوماً أو مجهولاً فإن اشترطه مجهولاً صحت الهبة ولزم الشرط، لأنه يوجب العقد، ثم حكم هذه الهبة والثواب على ما مضى، وفيه ثلاثة أقاويل غير أن الهبة لو تلفت في يده مع هذا الشرط مثل الثواب لزمه أن يثيب أو يضمن القيمة قولاً واحداً وإن اشترط الثواب معلوماً ففيه قولان:

أحدهما: جائز، لأن ما منع عن الجهالة كان أولى بالصحة وله ما اشترط، ويكون الفرق بينه وبين البيع أنه في الهبة: يشترط الثواب المعلوم يكون مخيراً بين دفع الثواب وبين رد الهبة وفي البيع يلزمه دفع الثمن ولا خيار له في الرد ما لم يكن خيار أو عيب، ثم هما فيما سوى ذلك على سواء.

والقول الثاني: وهو قول أبي ثور أن الهبة باطلة لخروجها عن حكم الهبات المطلقة والبيوع اللازمة، فعلى هذا تكون مضمونة ضمان البيع الفاسد على ما مضى.

فصل: هبة المريض في الثلث، فإن احتملها الثلث أمضيت وإلا ردت، لأنها في حكم الوصية، وإن احتمل الثلث بعضها أمضى منها قدر ما احتمله الثلث إلا أن يجيزه الوارث فيصح في الجميع، فلو وهب في الصحة وأقبض في المرض فهي هبة في المرض، لأنها بالقبض فيه تمت فلو اختلفا فقال وارث الواهب هي في المرض وقال الموهوب له في الصحة فالقول قول الوارث مع يمينه، لأن الأصل فيها عدم الزوم، فلو مات الواهب قبل القبض ففيها قولان:

أحدهما: أن وارثه بالخيار بين إقباضها بالعقد الماضي أو المنع.

والقول الثاني: أن العقد قد بطل بالموت، فإن أحب إمضاء الهبة استأنف عقداً وقبضاً.

فصل: وإذا دخل المسلم دار الحرب فوهب له أهلها هبة قبلها وقبضها، ولم يغنمها المسلمون إن ظفروا بها، وفرق أبو حنيفة بين ما ينقل منها وما لا ينقل، فجعل ما ينقل مملوكاً وما لا ينقل مغنوماً، استدلالاً بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: مَنْ مَنَحَهُ الْمُشْرِكُونَ أَرْضاً فَلَا أَرْضَ لَهُ وهذا إن صح عنه محمول على العارية دون الهبة.

فصل: هبة دور مكة وعقارها يجوز بخلاف قول أبي حنيفة بناء على البيع، فأما إجارتها للحجاج فيجوز هبتها إن جاز بيعها، وأبطل إن لم يجز بيعها.

فصل: هبة الدين لغير من هو عليه لا يجوز، ولمن هو عليه يجوز، لأن هبته لمن هو عليه إبراء ولغيره تمليك، وهبة المنافع عارية لا تلزم، لأن قبضها قبل انقضائها لا يصح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «(قَالَ)وَتَجُوزُ صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ عَلَى كلِّ أَحَدٍ إِلَّا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ لَا يَأْخُذُهَا لَمَّا رَفَعَ اللَّهُ مِنْ قَدْرِهِ وَأَبَانَهُ مِنْ خَلْقِهِ إِمَّا تَحْرِيماً وَإِمَّا لِئَلَّا يَكُونَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ يَدٌ لِأَنَّ مَعْنَى الصَّدَقَةِ لَا يُرَادُ ثَوَابُهَا وَمَعْنَى الهَدِيَّةِ يُرَادُ ثَوَابُهَا وَكَانَ يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ وَرَأَى لَحْماً تَصَدَّقَ بِهِ عَلَى بُرَيْرَةَ فَقَالَ«هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»».

قال الماوردي: والمقصود بهذه المسألة فصلان مضيا.

أحدهما: تحريم الصدقات على رسول الله ﷺ وقد ذكرناه.

والثاني: إباحة لصدقة التطوع على الأغنياء وقد بيناه فلم يكن للإطالة بتكرارهما وجه مع ما حصل من إطالة الاستيفاء، فأما المسألة فتحرم على الغني وإن حلت له الصدقة، روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا مِنْ فَقْرٍ مُدْقِعٍ أَوْ غُرْمٍ مُفْظِعٍ أَوْ دَمٍ مُولِعٍ» وبالله التوفيق.

فهرس الجزء السابع
من
الحاوي في الفقه

كتاب الإقرار

كتاب العارية

كتاب الغصب

مختصر الشفعة من الجامع من
ثلاثة كتب متفرقة

مختصر القراض

المساقاة مجموعة من إملاء ومسائل شتّى

كتاب الشرط في الرقيق يشترطهم المساقي

مختصر من الجامع في الإجارة

من ثلاثة كتب في الإجارة

مختصر من الجامع من كتاب المزارعة

وكراء الأرض والشركة في الزرع

كتاب إحياء الموات

كتاب العطايا والصدقات والحبس
وما دخل في ذلك من كتاب السائبة

